

CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

INFORME EN DERECHO:

**LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN:
UNA PERSPECTIVA FÁCTICO-NORMATIVA**

ELABORADO POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS
PÚBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

CON LA COLABORACIÓN DEL PROFESOR MANUEL CANCIO MELIÁ (CATEDRÁTICO DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID); LA ADHESIÓN DE LAS CLÍNICAS INTEGRANTES DE LA *RED
LATINOAMERICANA DE CLÍNICAS JURÍDICAS DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO Y DERECHOS
HUMANOS*, Y DE LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS, QUIENES SUSCRIBEN EL PRESENTE DOCUMENTO:
ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, JORGE AVENDAÑO V., ROLANDO AMES COBIÁN, JAVIER DE
BELAÜNDE LÓPEZ DE ROMAÑA Y SAMUEL ABAD YUPANQUI.

LIMA, AGOSTO 2008

ESQUEMA GENERAL

- I. Introducción y Resumen Ejecutivo
 - I.1 Sobre la importancia de la Jurisprudencia y la Doctrina en el marco de un Estado Constitucional de Derecho
 - I.2 Sobre la admisibilidad del *Amicus curiae* en un proceso judicial
 - I.3 Sobre la especialidad en el *Amicus curiae*
 - I.4 Sobre la imparcialidad e independencia del juez

- II. La doctrina del dominio del hecho y la autoría mediata a través de aparatos de poder organizados
 - II.1 Un concepto restrictivo de autor y la doctrina del dominio del hecho como criterio de diferenciación entre autor y partícipes
 - II.2 La doctrina de la autoría mediata a través de aparatos de poder organizados
 - II.2.1 Consideración específica del concepto de organización/ “aparato organizado de poder”
 - II.3 Desarrollo posterior de la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización: una perspectiva fáctico- normativa
 - II.3.1 El rechazo a un concepto de dominio del hecho basado en el mero dominio fáctico (físico corporal) del hecho concreto.
 - II.3.2 Un concepto fáctico – normativo y sus presupuestos probatorios
 - II.4 Excurso: el camino de la coautoría, expedito

- III. La prueba del dolo en los supuestos de autoría mediata por dominio de organización
 - III.1 De las concepciones psicológicas y volitivas a las concepciones normativas y esencialmente cognitivas del dolo.
 - III.2 La prueba del dolo en los supuestos de autoría mediata por dominio de organización

- IV. Conclusiones

- V. Firmas

I. INTRODUCCIÓN

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha elaborado el siguiente informe (*amicus curiae*) titulado: “La autoría mediata por dominio de organización: Una perspectiva fáctico- normativa”. Este documento es el resultado de una exhaustiva investigación, que recoge los principales aportes de la citada teoría en su evolución y desarrollo a la luz de la experiencia histórica de los años más recientes.

El objeto de este *amicus* es contribuir en forma precisa a delimitar las consideraciones argumentativas que sostienen el enfoque de la “autoría mediata por dominio de organización”, en la lógica del proceso que es objeto de conocimiento por vuestro tribunal.

En la línea propuesta, las consideraciones que justifican un documento de esta naturaleza provienen del carácter que asumen la doctrina y la jurisprudencia en el derecho contemporáneo. Al mismo tiempo, su pertinencia y legitimidad están ordenadas por un conjunto de razones fuertemente cimentadas en el derecho constitucional. La perspectiva que orienta el sentido del presente informe busca establecer este derrotero como preámbulo del informe que presentamos a su consideración.

Para la formulación de este documento se ha contado con la colaboración del profesor Manuel Cancio Meliá, especialista en Derecho Penal y Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Sus aportes, más aún, han sido recogidos e integrados al presente informe.

I.1 SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. Dado el carácter teórico que asume el denominado *amicus curiae*, una primera cuestión a dilucidar es el rol esencial que la jurisprudencia y la doctrina cumplen respecto al sentido de los derechos. Se pretende establecer la incidencia de ambas en el proceso de deliberación y justificación de las sentencias judiciales y la importancia que respecto de éstas puede tener un *amicus curiae*.
2. La actividad jurisdiccional es capaz de interpretar las leyes y atribuirles un sentido enriquecido por la experiencia contextual. Al mismo tiempo, los jueces son los responsables de crear la dinámica orientada a constitucionalizar el sentido de la ley en la práctica de los casos concretos, debido precisamente a la función racionalizadora que la propia Constitución le ha encomendado¹. La lógica de este proceso permite, entonces, que la ley se nutra de la experiencia cotidiana de los casos, gracias a la función judicial.

¹ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: ARIEL, 1996, pp. 59.

3. Dos son las consideraciones que deben afirmarse como resultado del estado de la cuestión advertido. La función del juez se canaliza a través de la comunicación de sus decisiones. En principio, debido a que éstas delimitan el sentido de los derechos, por lo tanto, atribuyen un significado o cierta forma de historicidad a la legislación². Resulta inevitable revalorar entonces el significado de la ley en función de la actividad interpretativa de los jueces. En segundo lugar, adquiere relevancia el tipo de decisión que busca establecer parámetros de referencia por la implicancia jurídica involucrada. Normalmente este es el caso de los principios³, es decir, la estructura básica del ordenamiento legal y político representado a través de los derechos fundamentales o contenido en la Constitución Política⁴. Cuando las decisiones judiciales se ven comprometidas con este plexo de valores, parece evidente que el valor de referencia que éstas llevan a cabo hace posible el desarrollo del sistema legal y de la democracia como un todo⁵.
4. Por lo tanto, la jurisprudencia, en tanto conjunto de decisiones que delimitan el sentido de los derechos y estructuras narrativas prescriptivas que sirven para atribuir sentido constitucional al derecho, cumple un papel central en la lógica del Estado democrático y de la Constitución en el mundo contemporáneo. Existen ejemplos que demuestran como el impacto de la jurisprudencia de los tribunales ha contribuido a superar los espacios vacíos y debilidades institucionales derivadas de los procesos políticos de baja intensidad como el caso peruano. Al respecto, la Segunda Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema logró demostrar la responsabilidad de los principales cabecillas del grupo terrorista “Sendero Luminoso”, pese a los reparos existentes, a la luz de la teoría de la autoría mediata en aparatos de poder organizados.
5. En la actualidad se cuenta con un desarrollo exhaustivo de una serie de principios constitucionales que permiten un desarrollo más amplio tanto de las funciones de los órganos administrativos y políticos, como de la relación entre los ciudadanos y el Estado. Un ejemplo de ello es lo ocurrido con los denominados principios que conforman el bloque económico de la Constitución de 1993. A raíz de una serie de decisiones vinculantes el Tribunal logró desarrollar, entre otros, el criterio de que el Estado no podrá realizar actividad económica por cuenta propia (principio de subsidiariedad económica), y el de que los individuos cuentan con las garantías necesarias para llevar a cabo sus actividades económicas (principio de libre iniciativa privada).
6. El valor de la jurisprudencia es entonces crucial por una razón adicional. Ella responde a la dinámica social y política en la que el derecho tiene lugar. Los casos y su repercusión circunstancial son el centro de preocupación del juez a la hora de tomar sus decisiones en derecho, y este enfoque adquiere una intensidad mayor en función de la complejidad

² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: ARIEL, 2002, pp. 270 y ss.

³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 80 y ss.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Op. Cit., pp. 109 y ss.

⁵ NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 155 y ss.

del caso, lo que permite la proyección de la decisión judicial como parte del proceso institucional para contribuir precisamente, más allá del caso concreto, a modelarlo o reconducirlo. Es el caso de las decisiones del Tribunal Constitucional del Perú en sentencias como la N° 2488-2002-HC/TC, que consagra el derecho a la verdad, o la 2432-2007-PHC/TC, que consagra el denominado derecho a la personalidad jurídica. En estas, el Tribunal adoptó una posición afín a la defensa de los derechos fundamentales pero no sólo desde una posición formal o neutra, sino garantista y activa. El mérito en ambos casos radica en la lectura social de los derechos, y en su correlato jurídico a la luz de una problemática concreta.

7. La jurisprudencia, en el caso de nuestros países no ha logrado, por cierto, el desarrollo de envergadura de la tradición anglosajona, principalmente, el representado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin embargo, debe admitirse que, salvando las diferencias culturales y los procesos históricos, la jurisprudencia de las altas Cortes de nuestros países viene promoviendo un escenario en el que ellas han adquirido un protagonismo cada vez más significativo⁶. Este fenómeno se asocia a la redefinición de las líneas directrices de la organización política, es decir, al papel de los derechos fundamentales en la estructura del Estado. Se trata de un proceso en expansión y con intensidad diferente en cada uno de los países de América Latina pero en el caso peruano parece indudable, por los casos antes mencionados, que la jurisprudencia cumple funciones neurálgicas en la afirmación de los derechos y la democracia en términos paralelos a los antes vistos en la tradición anglosajona.
8. El valor de la jurisprudencia no sólo radica en el supuesto de su consideración como precedente, en los términos de la cultura sedimentada como resultado de la ejecutoria de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La perspectiva que se abre paso en nuestro caso, va generando la necesidad de contemplar el papel de las decisiones judiciales no sólo en punto a su carácter obligatorio para las instancias inferiores. La jurisprudencia para el caso peruano, se sustenta sobre la base de las razones y la riqueza argumentativa que justifica cada decisión. El que la resolución sea vinculante porque la corte diga que lo es, no constituye una razón suficiente para involucrarla como pieza de la historia y el debate sobre los derechos⁷. Al contrario, aceptar acriticamente dicho aspecto constituye una razón equivocada para convertir a la jurisprudencia en un elemento capaz de adquirir fuerza vinculante. Se debe distinguir entre aquella jurisprudencia formalmente vinculante y aquella materialmente vinculante⁸. Esta última sería la que cumple con los

⁶ Un claro ejemplo al respecto es el de la Corte Constitucional de Colombia. Desde la promulgación de la Constitución de 1991, en este país se ha iniciado un decidido y profundo proceso de cambios en la jurisprudencia y práctica constitucional, principalmente, de las altas cortes. Véase: LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 109 y ss.

⁷ A este punto hacía referencia el jurista argentino Carlos Nino, cuando sostenía que el derecho no era autoreferente. Al respecto véase: NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: ASTREA, 1992, pp. 30 y ss.

⁸ Dicha diferencia según este autor sería la siguiente: “La concepción material, a diferencia de la concepción formal, entiende que el precedente es una técnica que debe ser utilizada por el Tribunal con la debida prudencia y sujeta a determinados límites. En consecuencia, su ejercicio esta supeditado no sólo a la mera autoridad del

- requisitos necesarios para ser considerada una fuente del derecho en el sentido estricto del término.
9. En la línea de lo expuesto, la doctrina cumple respecto del derecho una función reconstructiva. No se trata sólo de explicar o sistematizar las instituciones jurídicas. La doctrina es una forma de razonamiento instrumental del derecho que se articula desde tres dimensiones:
 - i) la dimensión analítica, en cuya virtud es posible delimitar el perfil de las instituciones desde un punto de vista conceptual y también estructural;
 - ii) la dimensión empírica que implica el conocimiento, interpretación y argumentación de las reglas que configuran el derecho válido;
 - iii) la dimensión normativa, entendida como la práctica del derecho a través de los procesos argumentativos por medio de la jurisprudencia para dar respuesta a los casos concretos⁹.
 10. La doctrina cumple una función instrumental, que se construye desde la propia dinámica social y que sirve para reconstruir la práctica jurídica. La teoría se sitúa en el derecho, de manera tal que éste depende en gran medida de aquella para su desarrollo vital. No a partir de una dependencia vertical, como podría ser el caso de las leyes respecto a la Constitución, sino de su dependencia horizontal, esto es, de su relación recíproca en cuanto al impacto a través de la interpretación en cuya virtud una disposición normativa se convierte finalmente en norma.
 11. Por último, los jueces difícilmente podrán exponer razones aceptables en derecho si éstas no se adscriben a postulados instrumentales sobre lo jurídico. Los jueces tienen el deber no sólo de sancionar una determinada conducta sobre la base de normas, sino que además deben justificar lo que dicen a la luz de una lectura moral compatible con los principios de la Constitución. Como es de esperarse dicha lectura exige un nivel de interpretación que no concluye con lo expuesto en el catálogo de fuentes, sino que se enriquece a través del contenido aportado por “la sociedad abierta de intérpretes jurídicos”¹⁰.

I.2 SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL *AMICUS CURIAE* EN UN PROCESO JUDICIAL

tribunal a la hora de establecerlo, sino que resulta relevante lo que en esencia viene estableciendo como precedente. Es decir, aquí si importa que la regla vinculante haya sido elaborada de cara al caso y, en consecuencia, el que el Tribunal tenga la potestad de extraer la regla y hacerla conocer de manera explícita, no es más que un mecanismo para permitir su mejor conocimiento a sus destinatarios.” Cfr. GRÁNDEZ, Pedro. “Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú”, En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 106.

⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Op. Cit., pp. 285 y ss.

¹⁰ HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, pp. 149 y ss.

12. Las instituciones legales sólo adquieren sentido cuando se vinculan a la realidad, cuando sus efectos atribuyen identidad a las conductas y a las relaciones sociales, a la vez que se nutren de ellas¹¹. El Derecho como construcción cultural se sirve de elementos de distinta textura y procedencia siempre que sean convalidados institucionalmente. Este es el caso del *amicus curiae*.
13. La legitimidad de un *amicus curiae* en un proceso judicial, desde la perspectiva del derecho constitucional, radica en el derecho al acceso a la justicia; y en el derecho a la participación democrática. En cuanto al primero, dicha relación se expresa en la posibilidad (directa o indirecta) de los justiciables de poder intervenir en el desarrollo de una causa de interés público. Como ha advertido el propio Tribunal Constitucional:
14. El derecho al acceso a la justicia es un derecho fundamental que hace posible que los ciudadanos pueden ejercer su ciudadanía. Una de las manifestaciones de ésta, radica en criticar, colaborar y/o absolver el uso del poder a cargo de los órganos públicos. Entre estos, que duda cabe, se halla incluido el Poder Judicial. Ahora bien, pensando en concreto en un *amicus curiae*. La relevancia y oportunidad de su presentación halla asidero en el derecho al acceso a la justicia en la medida que refleja una inquietud legítima de parte de un sector de la sociedad civil. Dicha inquietud se traduce en que el juzgador tenga a su alcance el mayor número de argumentos posibles a la hora de resolver la causa que motiva la intervención del *amicus*.
15. El *amicus curiae*, a diferencia de los documentos ofrecidos por las partes, carece de fuerza probatoria: no se incorpora al proceso con otra intención que la de esclarecer algún elemento técnico que sea relevante para brindar mayores elementos de juicio en el caso materia de la *litis*. De este modo, la legitimidad de un *amicus curiae* no debe ser observada, como ocurre con los alegatos de las partes, de forma *ex ante*, sino *ex post*. Así, una vez presentado puede ser incorporado al proceso como un informe técnico en cuya virtud el juez decidirá si las razones en él contenidas le son útiles.
16. La legitimidad del *amicus curiae* se halla por tanto en el control de las decisiones judiciales como una expresión del derecho al acceso a la justicia. Dicho control se materializa en las razones que el juez adopta a la hora de resolver el fallo. En éste deben aparecer ya sea para rebatirlos o aceptarlos aquellos puntos en los que el *amicus* ha ahondado. Cuando se trata de un informe centrado en aspectos meramente técnicos (como ocurre en este caso) la sentencia debe dar cuenta de una argumentación más robusta también en este punto.
17. De otro lado, el *amicus curiae* se relaciona con el derecho a la participación democrática. A diferencia de las normas que establecen potestades y competencias al interior del proceso, este derecho justifica el sentido mismo de la actividad contenciosa, en la medida que constituye una forma de participación de la comunidad de intérpretes jurídicos. Como afirma Peter Haberle, ésta se compone de “los ciudadanos y los grupos,

¹¹ FRIEDMAN, Lawrence. *The legal system. A social science perspective*. New York: Rusell Sage Foundation, 1975, p. 8.

los órganos del Estado y la opinión pública” que actúan como “fuerzas productivas de la interpretación”¹². En un sentido contemporáneo dicha participación complementa la labor de los jueces, ya que permite que éstos discutan el fundamento de sus fallos a la luz de la práctica constitucional. Esta última consiste en el sentido hermenéutico que la comunidad de intérpretes le ha dado a determinadas instituciones jurídicas. Entre los elementos que nos permiten rastrear ésta, se hallan además de las normas emanadas por el parlamento, las directrices y los precedentes. Desde un punto de vista histórico el contenido interpretativo de la práctica constitucional se configura a veces a partir de los alegatos y argumentos desarrollados por la sociedad civil y los representantes políticos.

18. Este enfoque se agudiza ante la presencia de casos de interés público, donde el resultado afecta a la sociedad en su conjunto más allá de las partes. En efecto, mientras que en un litigio privado el resultado obtenido tras un fallo vincula, única y exclusivamente, a las partes, en un litigio donde se discute un interés público relevante (como es el caso en el cual la controversia alude a derechos fundamentales), lo que decida el juzgador indefectiblemente tendrá un impacto en el funcionamiento de las instituciones públicas y en el sentido de los derechos ciudadanos.

I.3 SOBRE LA ESPECIALIDAD EN EL *AMICUS CURIAE*

19. El *amicus curiae* implica necesariamente la participación de expertos, que no son parte del proceso. El objeto es la necesidad de contar con el elenco más amplio y estructurado de razones y argumentos especializados para optimizar el enfoque judicial de los casos.
20. Sin embargo, la importancia práctica del *amicus curiae* para el Tribunal radica en el aporte que pueda proveer en la resolución del caso. Por ello, el requisito de especialidad debe ser evaluado como el resultado de su impacto en los distintos problemas involucrados por el caso judicial. Esta valoración, como es obvio, debe producirse *ex post*. En otras palabras, la simple presentación del documento por cuenta de un experto no acredita su valor para el proceso en cuestión.
21. Esta perspectiva ha sido enfatizada por Zaffaroni, respecto del valor que adquiere la participación de los grupos organizados de la sociedad civil en los casos en los que se debe decidir judicialmente la vigencia de algún Derecho Humano, o cuando el litigio es fundamental para la existencia del Estado de Derecho: “Esto lleva a organizaciones civiles y académicos a presentarse espontáneamente, con el objeto de asegurar que no se restringirá indebidamente ningún derecho fundamental”.¹³ Se ratifica, entonces, el

¹² HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, pp. 152.

¹³ *Amicus curiae*, memorial en Derecho presentado por Eugenio Raúl Zaffaroni en los autos “José Luis González en representación de Juan Gelman, ficha N° P/462/02.

carácter particular de la especialidad vinculada del *amicus* y al mismo tiempo la idea de su relevancia como herramienta idónea en los procesos:

(...) el *amicus curiae* persigue que, más allá de los intereses particulares de las partes, tal información o argumentos puedan ser considerados por la Corte o la autoridad correspondiente al momento de decidir sobre la marcha del proceso o el fondo del mismo.¹⁴

I.4 SOBRE LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL JUEZ

22. Como se ha señalado, en las democracias constitucionales, los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución¹⁵ y de desarrollar concepciones que orienten las bases del sistema legal. La enorme responsabilidad del juez, y el poder que ésta representa, hacen necesario considerar la posibilidad de acentuar la concurrencia de diversas herramientas, para que la razón de los jueces sea un reflejo nutrido de las razones públicas¹⁶. Es este el sentido que informa la propuesta de un *amicus curiae* para un caso concreto.
23. La actividad judicial está ordenada por un conjunto de reglas que resguardan el ejercicio de la función jurisdiccional. El contenido de dichas reglas legitima la actuación judicial y gesta un escenario que garantiza su ejercicio. La configuración de tal escenario admite afirmar la superación de la tesis de la *neutralidad* del Derecho, así como la idea de imparcialidad *per se* del juez¹⁷; permite, entonces, leer la actuación judicial como substancial para la afirmación y correcta asignación de derechos y libertades, convirtiendo al juez en el actor protagónico de las democracias constitucionales.
24. El principio de independencia¹⁸ expresa en forma vital el sentido de la función judicial y constituye un factor esencial de todo sistema democrático¹⁹, su valor instrumental está

¹⁴ FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: 2° edición. CIDH, 1999. p. 463.

¹⁵ GARGARELLA, Roberto. La Justicia frente al gobierno. Op. Cit., pp. 263-265.

¹⁶ GONZALES MANTILLA, Gorki. "Las garantías para el desempeño profesional del Juez y la independencia en un Estado Constitucional". En: *Derecho y Sociedad*, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: edición número 28, 2007, p. 235.

¹⁷ "Pero los jueces de la nación (...) no son más que la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no puedes moderar ni su fuerza, ni su severidad". MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: ISTMO, 2002, Parte II, Libro XI, Capítulo 6, p. 253.

¹⁸ Cfr. ROMBOLI, Roberto y PANIZA, Saule. *Voz: "Ordinamento giudiziario"*. En: *Digesto Delle Discipline Pubblicistiche*. X. Torino: UTET, 1995, p. 381.

¹⁹ FAMIGLIETTI, Gianluca. "Formazione iniziale, formazione continua, valutazione della professionalità de magistrati in chiave comparata". En: *Diritto Pubblico Comparato ed*

orientado a proveer las garantías necesarias para la imparcialidad del juez pre-constituido por ley²⁰: cumple un papel que “incide en el resguardo de las garantías de imparcialidad durante el proceso”. Es así que, la independencia se configura como condición esencial de dicho escenario y se manifiesta como expresión de la no sujeción orgánica (externa) o bien como expresión de la no subordinación a jerarquías internas del magistrado – considerado individualmente-, o de algún cuerpo de magistrados, respecto de directivas de grados superiores (independencia interna), que puedan influir en la adjudicación de derechos y garantías concretos²¹.

25. Esta concepción de independencia, como un medio y no como fin, no garantiza por sí sola la existencia de imparcialidad. Tampoco proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte, ni debe leerse como una prerrogativa establecida en beneficio del juez. En este sentido, la imparcialidad se predica respecto de una serie de condiciones *ex-ante* (nombramiento, asignación de causas, sistema de incompatibilidades, etc.) cuya finalidad principal es “garantizar al ciudadano que el juez que lo juzgará no será seguramente parcial”²²: la imparcialidad como garantía, que viene premunida por la independencia y el principio del juez pre-constituido por Ley, “quiere que el juez no sea uno elegido específicamente para el proceso en cuestión”²³.
26. No obstante ello, la imparcialidad no es susceptible de ser garantizada a través de alguna regla o previsión que ofrezca certeza sobre su vigencia²⁴. La imparcialidad es un aspecto que atañe al propio juzgador y, en todo caso, no quiere decir certeza (fijeza) sobre el derecho o las decisiones de los jueces²⁵, pues en una democracia constitucional ambos aspectos forman parte de la dinámica de la interpretación, el influjo de los principios²⁶ y la debida motivación a la cual se ve obligada la función jurisdiccional²⁷. El juez tiene que

Europeo.2004- III, Estrato. Torino: Giapichelli editore, p. 1489.

²⁰ ROMBOLI, Roberto y PANZA, Saule. Op. Cit., p. 381.

²¹ GONZALES MANTILLA, Gorki. Prólogo a ROMBOLI, Roberto. En: *El Juez pre constituido por Ley. Estudios sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional italiano* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra, 2005, pp.21-22.

²² GONZALES MANTILLA, Gorki. “Las garantías para el desempeño profesional del Juez y la independencia en un Estado Constitucional”. En: *Derecho y Sociedad*, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: edición número 28, 2007, p. 232.

²³ ROMBOLI, Roberto. *Loc. Cit.*

²⁴ *Ídem*.

²⁵ *Ibíd*, p. 22 y ss. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación Jurídica y creación judicial del derecho*. Lima-Bogotá: Themis-Palestra editores, 2004, pp. 173-214.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: TROTTA-Comunidad de Madrid, 1995, pp. 146-147.

²⁷ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 117-153.

justificar sus decisiones²⁸, pues todo atisbo de discrecionalidad en el ejercicio del poder jurisdiccional “puede resultar contrario al significado del principio del juez preconstituido”²⁹

27. Finalmente, el uso de un concepto como el de imparcialidad del juez esconde, en concreto, una gran variedad de contenidos no del todo homogéneos entre sí. La Constitución protege la regularidad de la actividad jurisdiccional: garantiza la independencia (conciene al ente, al órgano juzgador objetivamente entendido) y la imparcialidad (conciene al juez en el momento concreto del ejercicio de la función jurisdiccional)³⁰. Ambas garantías persiguen el mismo fin: proteger al juez, al ciudadano y a la democracia constitucional.
28. La imparcialidad no puede ser tenida como institución que implica desvinculación e indiferencia respecto de la causa a decidir³¹. En todo caso, el *amicus curiae* no representa ningún riesgo o peligro para la independencia judicial ni para la imparcialidad. El carácter de este tipo de informe, contribuye más bien a crear un escenario de mayor transparencia respecto de las razones para decidir el sentido de los derechos y adjudicar los mismos en un proceso judicial.

II. LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

II.1 UN CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR Y LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO COMO CRITERIOS DE DIFERENCIACION ENTRE AUTOR Y PARTICÍPES

29. En el contexto de un Estado democrático y constitucional como el que se encuentra vigente en el Perú tanto el principio de legalidad como el principio de proporcionalidad determinan un concepto restrictivo de autor, esto es, exigen que en los casos de pluralidad de intervinientes en un mismo delito el Derecho penal distinga, utilizando determinados criterios cualitativos, entre autores y partícipes accesorios (cómplices o instigadores).

²⁸ *Ídem.*

²⁹ *Loc. Cit.*, p. 29.

³⁰ ROMBOLI, Roberto. En: *El Juez pre constituido por Ley. Estudios sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional italiano* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra, 2005, p.198.

³¹ *Loc. Cit.*, p. 200.

30. En efecto, de acuerdo con el principio de legalidad (artículo 2.24.d de la Constitución Política), sólo las conductas expresamente prohibidas en la ley penal son susceptibles de pena. Teniendo en cuenta ello, el Código Penal de 1991 recoge un criterio diferenciador entre autores y partícipes³² cuando, por un lado, distingue en el artículo 23 las figuras principales de intervención delictiva (autoría) relacionadas directamente con los tipos penales de la parte especial y, por otro lado, en los artículos 24 y 25 las formas accesorias de participación (inducción o cómplices). Con esta diferenciación entre formas de autoría y formas de participación se consigue una mejor precisión de las conductas prohibidas. En este esquema, los tipos de participación (instigación o complicidad), asumen una clara función constitutiva y ampliatoria porque prohíben formas de intervención en el delito no previstas en los tipos penales de la parte especial.³³
31. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, reconocido en el artículo 200° de la Constitución, se exige distinto desvalor a diversas formas de intervención delictiva. De acuerdo con ello, la “accesoriedad” de la participación cumple una función de garantía y tiene su significado primario en delimitar estrictamente el ámbito de lo punible para los partícipes, mostrando un menor rigor. Todo ello conduce a que el sistema diferenciador se ajuste a los postulados del Derecho Penal de un Estado de Derecho”.³⁴
32. Debido a estos fundamentos y a la insuficiencia de las teorías unitaria y extensiva de autor³⁵, la doctrina mayoritaria ha asumido la tesis restrictiva, según la cual “la autoría está limitada a la conducta descrita en los tipos de la parte especial, siendo la inducción y complicidad causas de extensión de la punición que van más allá del núcleo básico de punibilidad caracterizado por la autoría”.³⁶
33. Aceptada la tesis restrictiva de autor, históricamente se han sucedido diversos criterios para distinguir precisamente entre autor y partícipe³⁷. En la actualidad, es posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia³⁸, al menos con relación a los delitos

³² HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte General. Editora Grijley. Lima. 2005. p. 855.

³³ BOLEA BARDON, Carolina. Autoría mediata en Derecho penal, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 110.

³⁴ PEREZ ALONSO, Juan Esteban. La Coautoría y la Complicidad (Necesaria) en Derecho Penal, editorial Comares, Granada, 1998. p. 136.

³⁵ Teorías que no distinguen entre autores y partícipes y consideran que cualquier aporte causal al delito es constitutivo de autoría.

³⁶ ROXIN, Claus. Dogmática Penal y Política Criminal. IDEMSA. Lima. 1998. p.351.

³⁷ Un rápido panorama de las diversas teorías restrictivas de autor (teoría objetiva formal y teoría objetivo material) anteriores a la doctrina del dominio del hecho puede verse en MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, REPPETOR, Barcelona, 2004, p. 370 y 371.

³⁸ Afirmación sostenida por MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 372; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho penal. Parte general, 5ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 448, entre otros autores españoles. En el Perú

dolosos de comisión, el criterio del dominio del hecho. Este criterio, en la tesis original propuesta por Welzel, considera autor a todo aquel que “mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”.³⁹

34. Tres son las consecuencias derivadas de la teoría del dominio del hecho con respecto a la calidad de autor⁴⁰:
- 1° Autor es siempre aquel que ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo (autor directo por dominio de la acción);
 - 2° Autor es quien ejecuta el hecho utilizando a otro u otros como instrumento (autoría mediata por dominio de la voluntad) y;
 - 3° Autor es aquel que tiene el codominio funcional del hecho, esto es, aquel que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (autor por co-dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva.⁴¹

II.2 LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

35. Hasta la década de los años 60, la doctrina de la autoría mediata, en tanto doctrina derivada de la teoría del dominio del hecho, sólo permitía considerar autor mediato a aquellos que realizaban el delito utilizando a una persona (hombre de adelante) que actuaba a manera de instrumento no responsable en virtud de alguna deficiencia volitiva

siguen esta posición HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 859, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Tratado de Derecho penal. Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 466, entre otros. En la jurisprudencia peruana actualmente se encuentra una amplia referencia a esta teoría. Al respecto ver la relación de ejecutorias supremas encontradas en GACETA JURIDICA. El Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal, Lima, 2007: R.N. N° 253- 2004- Ucayali; Exp. N° 5049- 99 San Roman- Juliaca; R.N. N° 3840- 97 Ayacucho; R.N. N° 4484-97 Cañete; R.N. N° 3446-98 Cañete; R.N. N° 1720- 2004 Callao; Exp. N° 5315-98- La Libertad; R.N. N° 2206- 2002 Cusco; entre muchas otras.

³⁹ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte General, 11^a ed. (3era castellana), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 143.

⁴⁰ La elaboración clara y sistemática de estas consecuencias se encuentra en ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, editorial Marcial Pons, Madrid, 1998 (6ta edición), pp. 147 y ss.

⁴¹ *Ibid.*

o cognitiva: estado de error, coacción, causa de justificación o bajo un supuesto de exclusión de culpabilidad⁴².

36. Sin embargo, Roxin⁴³, aplicando el ya conocido criterio del dominio del hecho, específicamente el criterio del dominio de la voluntad, plantea en 1963 una modalidad adicional de autoría mediata: aquella en la que el hombre de atrás realiza el hecho punible utilizando un aparato de poder organizado (autoría mediata por dominio de organización) en el que sus miembros aparecen como fungibles o sustituibles. Cuatro son las características de su propuesta original⁴⁴:

- La existencia de un aparato de poder organizado. Este aparato se caracteriza por tener una estructura jerárquica, con numerosa cantidad de miembros y funcionamiento casi automático, lo que hace que no sea decisiva la persona individual que actúa.⁴⁵
- Control de los ejecutores a través de dicho aparato por parte del hombre de atrás. Lo peculiar de la tesis es que ambos son responsables penalmente: el hombre de atrás y el hombre de adelante.⁴⁶
- Intercambiabilidad, sustituibilidad o fungibilidad de los ejecutores u hombres de adelante. El ejecutor es una pieza intercambiable dentro del engranaje del aparato de poder de tal manera que la figura central del suceso, a pesar de su lejanía de la víctima, es el hombre de atrás. Este es el fundamento del dominio del hecho en los casos en los que no concurre una deficiencia del hombre de adelante según Roxin⁴⁷.
- Debe tratarse de un aparato desvinculado del derecho. En ese sentido la tesis de Roxin alcanza de manera limitada a los aparatos estatales desvinculados del ordenamiento jurídico y a las organizaciones criminales como las terroristas⁴⁸.

⁴² Ver al respecto WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. Parte General, 12^a edición, 3ra edición castellana, Santiago de Chile, 1969, pp. 146 y ss. Es necesario precisar, sin embargo, que ya en ese contexto se planteaba la problemática del instrumento doloso sin intención y del instrumento doloso no cualificado

⁴³ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal (Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 267 y ss.; vid. también el más reciente estado de evolución de su posición en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2. *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, 25/108; e IDEM, "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", en: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht ZStrR* 125 (2007), pp. 1 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ *Ibidem*, p. 270; vid. aquí *infra* en el texto 2.1.3.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 270 y 273; IDEM, *ZStrR* 125 (2007), pp. 9 y ss, 12.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 270; IDEM, *ZStrR* 125 (2007), pp. 13 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 273 y 274; IDEM, *ZStrR* 125 (2007), pp. 12 y s.

Con relación a esta construcción teórica cabe hacer algunas precisiones importantes:

37. En primer lugar, la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización se ajusta a las prescripciones derivadas del principio de propia responsabilidad o principio de autorresponsabilidad. Este principio determina que “la persona es responsable frente al Derecho no por lo que quiere sino por lo que hace y no por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace”⁴⁹. En otras palabras, este principio exige que tanto en las conductas principales (autorías) como en las conductas accesorias (participación) se responda por el injusto propio y en ningún caso por el injusto ajeno. Pues bien, en esta modalidad de autoría mediata como en las demás, el hombre de atrás no responde por la conducta realizada por el hombre de adelante o ejecutor sino por la propia conducta que consiste en instrumentalizar a otro u otros a cometer delito (manipular el aparato de poder organizado)⁵⁰.
38. En segundo lugar, debe señalarse que el artículo 23° del Código Penal peruano permite pacíficamente la figura del autor tras el autor, esto es, el supuesto de un autor mediato por dominio de organización en el que no se excluye necesariamente la responsabilidad del ejecutor u hombre de adelante⁵¹. Efectivamente, dicho dispositivo, al regular la autoría mediata, refiere que es autor mediato “aquel que por (...) medio de otro comete el hecho delictivo”, sin requerir que ese otro sea instrumento y menos aún que tenga alguna deficiencia cognitiva o volitiva. El requisito de la instrumentalización del hombre de adelante si bien no se recoge del artículo 23° del Código Penal, se deduce de una construcción dogmática cuyo objetivo es la delimitación de esta modalidad de autoría. En esa perspectiva, es importante no identificar necesariamente instrumento con persona (ejecutor) que actúa con alguna deficiencia volitiva o cognitiva (error, estado de inimputabilidad, entre otros). En su lugar es posible sostener que una persona es instrumento para la comisión de un delito cuando de aquella persona se sirve el hombre de atrás por medio de la manipulación consciente del contexto de su actuación, dotándolas de una cualidad lesiva para un bien jurídico⁵². Dicha manipulación,

⁴⁹ Tomado de FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 21.

⁵⁰ Con alguna breve precisión he seguido fundamentalmente la argumentación de FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. Op. Cit., pp. 26 y 27.

⁵¹ Se ha pretendido oponer a la figura del “autor tras el autor” el principio de responsabilidad. Este principio, distinto al principio de propia responsabilidad, establecería una máxima según la cual la plena responsabilidad jurídico penal del último interviniente en el hecho excluiría de manera inmediata todo posible castigo como autor de cualquier codelincuente anterior. De acuerdo con la profesora FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. Op. Cit., p. 29, fue GALLAS el que formuló originalmente este principio: “ El dominio del hecho mediante la utilización de otro instrumento encuentra su límite allí donde el derecho valora al autor inmediato como libre, y por tanto, como persona responsable”.

⁵² Idea tomada de HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada, 1996, pp. 126 y ss, aunque debe señalarse que la posición de este autor es, paradójicamente, negar la autoría mediata y afirmar la inducción.

entonces, puede ejercerse aprovechándose de la deficiencia volitiva o cognitiva del hombre de adelante, pero también de la inserción de los ejecutores en un aparato de poder caracterizado por la pluralidad de miembros y la relación jerárquica dentro de ella, esto es, de la posibilidad de sustituir a sus miembros.

39. Además, debe tenerse en cuenta que en los supuestos de autoría mediata por dominio de organización las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Efectivamente, mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad al hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual⁵³. En estos casos, el instrumento, en sentido estricto, no es la persona concreta que ejecuta la orden sino el aparato de poder que funciona casi automáticamente⁵⁴. En otras palabras, el instrumento en si no es o no son las personas individualmente consideradas sino, las personas en tanto integrantes sustituibles de un aparato de poder organizado de manera jerárquica y vertical.
40. Finalmente, es importante precisar que el fundamento del dominio del hombre de atrás en los casos que nos ocupa se basa no sólo en la sustituibilidad o fungibilidad de los hombres de adelante sino también en otros requisitos que la explican⁵⁵. Así la necesidad

⁵³ A pesar de la nomenclatura utilizada en ambos casos (injusto de organización e injusto individual), se trata, como señala FARALDO CABANA, Patricia. “La comisión de delitos mediante la utilización de persona interpuesta. La discusión doctrinal acerca de la autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en: *Temas actuales de Derecho penal* (Coordinador Jorge Luis Collantes Gonzales), Lima, 2004, p. 44, de la atribución de responsabilidad por hechos propios, por la conducta individual y, en ese sentido, no se vulnera el principio de responsabilidad por el propio hecho ni el principio de prohibición de responsabilidad objetiva. Así también lo señala BOLEA BARDON, Carolina. *Op. Cit.*, p. 368, quien añade que en estos supuestos se aprecia un dominio compartido del riesgo pero dominio ejercido desde distintas posiciones (relación vertical).

⁵⁴ Este es el planteamiento del profesor alemán Herzberg, R.D. Sobre este planteamiento, al cual nos adherimos, ver la exposición de FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. *Op. Cit.*, p. 89

⁵⁵ Algunos autores como SCHROEDER en Alemania y MEINI MENDEZ, Iván. “Responsabilidad Penal del Superior Jerárquico”, *Op. Cit.*, p. 471 en el Perú, prescinden del criterio de la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y fundamentan el dominio del hecho del hombre de atrás en la predisposición (condicionada o incondicionada) de los ejecutores a la realización de los ilícitos penales. Ver al respecto AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntades en virtud de aparatos de poder. Una valoración crítica y posteriores aportaciones*, en: *Revista 17.htm*. Sin embargo, diversos autores cuestionan esta posición: El propio ROXIN pero además AMBOS Kai. *Op. Cit.*; FARALDO CABANA, Patricia. *Op. Cit.*, p. 77- 78, GUTIERREZ RODRIGUEZ, M. *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001; CHARHULLA, T. *die figur der organisations-herrschaft im lichte des beteiligungssystem*, Aachen, 2000. Ver también FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. *Op. Cit.*, p. 216, quien igualmente rechaza la predisposición segura o incondicionada a la realización del hecho delictivo. Kai Ambos señala que de acuerdo con el artículo 30 II del CP alemán el caso clásico de una disposición incondicionada

de contar con una organización con estructura jerárquica, basada en relaciones de supremacía y subordinación (relación vertical) y también una organización integrada por un mínimo stock de personas que puedan sustituir al ejecutor fallido⁵⁶, independientemente de su disposición personal o no a cometer el delito.

41. En esa perspectiva, los casos concretos donde alguno de los ejecutores se desiste o no ejecuta la directiva no enervan el dominio del hombre de atrás dado que en estos casos sólo se puede probar una autoría mediata que ha quedado en fase de tentativa. Roxin señala en este punto que no puede importar si el automatismo funciona en cada caso particular⁵⁷, lo que debe importar, es que en situaciones normales sí funciona el aparato de manera casi automática (esto es, poder contar con la realización del hecho)⁵⁸.

o condicionada a realizar el hecho no debe tratarse como autoría mediata sino como inducción, ello además de ser superfluo el referido criterio ya que “lo específico del dominio de organización esta precisamente en que el funcionamiento, y con ello la realización del tipo, están asegurados con independencia a esa disposición”. Vid. también la posición de ROXIN; IDEM, ZStrR 125 (2007), pp. 15 y ss.

⁵⁶ En ese sentido, a diferencia de lo que consideran algunas interpretaciones, no se necesita un amplio o indefinido número de integrantes del aparato de poder ilícito. Al respecto ver FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. Op. Cit., p. 138 y MEINI MENDEZ, Iván. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 166.

⁵⁷ Como se ha mencionado, ha sido el profesor SCHROEDER quien ha cuestionado el criterio de la fungibilidad como fundamento del dominio del hombre de atrás y en ese sentido el referido autor señala la existencia de diversas situaciones (sobre todo que requieren alta especialización) en las que no existen suficientes elementos sustituibles o que el sujeto sustituible puede renunciar a la ejecución del hecho en cualquier momento. Como réplica, además de lo señalado por Roxin, debe sostenerse que la sustituibilidad se evidencia no sólo en el momento de acto ilícito sino también en un momento precedente. Así lo ha sostenido nuestra Corte Suprema en la sentencia de 14 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁸ ROXIN, Claus. Problemas actuales del Derecho penal, ARA editores, Lima, pp. 229. En un artículo relativamente reciente AMBOS, Kai. “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, IDEMSA, Lima, 2007, p. 77 y ss., luego de reconocer lo que en su concepción serían algunas insuficiencias del criterio de la fungibilidad desde una perspectiva empírica, añade criterios normativos que complementan el fundamento del dominio del hombre de atrás. El citado autor fundamenta el dominio del hombre de atrás, además, en la relación de dependencia del ciudadano respecto del Estado, esto es, en la posición de garante del Estado y sobre todo de sus representantes que se encuentran en el vértice del poder, respecto de sus ciudadanos. En ese sentido, continúa el referido autor que el dominio del hecho en realidad es un dominio sobre la cualidad de la relación de reconocimiento entre el Estado y sus ciudadanos. El hombre de atrás al ordenar u autorizar actuaciones lesivas contra ciudadanos ejerce dominio sobre el resultado que se produzca dado que lesiona la relación de reconocimiento entre el estado y sus ciudadanos.

II.2.1 CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DEL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN/ “APARATO ORGANIZADO DE PODER”

42. Uno de los elementos nucleares para comprender, en general, la dinámica comisiva en este tipo de supuestos, y decisivo, en particular, para la afirmación de la concurrencia de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, como se acaba de observar, es la comprobación de la existencia de una estructura en el colectivo que permita hablar de una *organización* lo suficientemente densa como para ser calificada de “*aparato organizado de poder*”.
43. Como es sabido, el concepto de organización no es ajeno al Derecho penal: es precisamente la emergencia de un colectivo como realidad diferenciada la que hace posible la existencia de los *delitos de organización* (delitos de asociación ilícita o pertenencia a una organización criminal) en su significado de injusto⁵⁹. El concepto concreto de “organización”⁶⁰ es un concepto funcional. Es decir, que huyendo de la incorporación de estructuras provenientes de otros campos del Derecho y destinadas a cumplir otras funciones –y sin sobrevalorar lo que el concepto de organización o asociación puede aportar por sí mismo–, el contenido de la estructura que da lugar a la organización terrorista o criminal depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realización de las infracciones que caracterizan a la asociación ilícita⁶¹ en cada caso. Desde esta perspectiva, la determinación de lo que “son” organizaciones materialmente delictivas, organizaciones que pueden ser consideradas un aparato de poder, está marcada por lo que éstas “hacen”. El punto de partida está, entonces, en una especial densidad de la estructura interna, en la permanencia de una organización autónoma que

⁵⁹ Vid. CANCIO MELIÁ, “Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung”, en: PAWLIK/ZACZYK (ed.) *et al.*, *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 27 y ss.; IDEM, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Revista General de Derecho Penal* n° 8 (2007) www.iustel.com.

⁶⁰ Cfr. sobre el concepto de organización en el contexto de los delitos de terrorismo, y con referencia al Derecho penal español, por ejemplo, Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, pp. 91 y s., 93 y ss., 228 y ss.; García-Pablos de Molina, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, 1977, pp. 221 y ss., 234 y ss., 236 y s.; idem, en: *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, 1983, pp. 109 y ss.; CÓRDOBA RODA, *ADPCP* 1977, pp. 7 y s.; en la doctrina alemana con carácter general, vid. sólo RUDOLPHI, “Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129a StGB”, en: FRISCH/SCHMID (ed.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, pp. 319 y s.; IDEM/STEIN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*⁷, § 129 n.m. 6-6d; Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch*²⁶-LENCKNER, § 129 n.m. 4; *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*²-OSTENDORF, § 129 n.m. 12.

⁶¹ Siguiendo la argumentación de García Pablo de Molina. *Asociaciones ilícitas*, pp. 234 y ss., 236 y ss.

está por encima de sus miembros individuales. Ello se corresponde con la realidad empírica de las organizaciones terroristas –tan próximas a los grupos parapoliciales en su combate mimético–, cuya orientación política coloca a la organización en el papel de protagonista del fenómeno terrorista⁶².

44. Siguiendo la sistematización de las características de la organización que han propuesto *Rudolphi/Stein*⁶³ en este contexto del delito de asociación ilícita –perfectamente trasladables al Derecho positivo de otros países y aplicables al problema de la definición de la organización a efectos de la determinación de la existencia de un aparato organizado de poder–, cabe mencionar los siguientes elementos:

- En primer lugar, debe haber una verdadera *asociación*, es decir, los integrantes de la organización deben haberse puesto en común. Esto puede suceder de modo expreso, formal y solemne, o también de modo concluyente y sin ningún acto concreto. Lo que importa, en cambio, es que la asociación sea seria, vinculante para los distintos partícipes, y que esa vinculación se mantenga en el tiempo desde el punto de vista subjetivo de un número suficiente de integrantes de la organización.
- En segundo lugar, debe existir una concreción en torno a la *aportación individual* de los integrantes a la organización, un *compromiso* de los miembros con la actividad de la organización: no basta –y no se corresponde con la realidad de los grupos terrorista– con una mera adhesión desde fuera; a diferencia de una organización como un partido político o un sindicato, por las propias características de oposición frontal al ordenamiento jurídico de la organización terrorista, no cabe una mera integración formal, una adhesión ideal sin intervención en las tareas objetivas de la organización. De esta consideración deriva también la necesidad de existencia de determinados mecanismos de coordinación interna para hacer confluir las aportaciones de los distintos miembros.
- En tercer lugar, la organización debe tener prevista una determinada *permanencia*: una asociación que no incluya una pervivencia más allá de la comisión de un hecho concreto no se separa de sus miembros individuales⁶⁴.

⁶² Vid. GONZÁLEZ CALLEJA, “Definiciones e interpretación del fenómeno terrorista”, en: IDEM (ed.), *Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa*, 2002, p. 62, con ulteriores referencias.

⁶³ En: *SK7*, § 129 n.m. 5 y ss.

⁶⁴ Así ya CARBONELL MATEU, *Documentación Jurídica* 37/40 (1983) vol. 2., p. 1300. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Nacional española (secc. 1ª) 26.4.2001: la comisión de un hecho delictivo aislado no permite hablar de organización (se trataba de determinar si el servicio de información de la Guardia Civil de la provincia de Guipúzcoa, desde los cuales se había cometido un delito reivindicado por la organización criminal parapolicial “Grupos Antiterroristas de Liberación” [GAL], era por ello una banda armada). Esto no siempre es claro: así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 19.11.1985 considera que la la obtención de armamento es indicativo de la existencia de la organización, a pesar de no existir en

- Finalmente, en cuarto lugar, es irrelevante cuál sea el modo de construcción de los mecanismos de toma de decisión interna, pero éstos deben existir y afectar a todos los miembros de la organización: necesita de una *estructura colectiva de tomas de decisión*.
45. Puede afirmarse que estos elementos conceptuales respecto de la estructura de organización del colectivo están presentes también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: Es necesaria la “pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación”.⁶⁵
46. En todo caso, estas cuatro características generales (asociación, compromiso de los integrantes, permanencia, estructura colectiva de funcionamiento) vienen determinadas, como antes se decía, en su funcionamiento concreto por la función de la organización en cuanto agente colectivo. Por ello, dependen del planteamiento operativo de la organización.
47. Tal como ha quedado evidenciado en la sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima de fecha 8 de abril de 2008 (fundamentos 67 a 74), el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (Tomo III, sección segunda, capítulo segundo) y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos de fecha 29 de noviembre de 2006 (fundamento 40, Caso La Cantuta Vs. Perú) estos presupuestos se cumplen sobradamente en el caso de la organización delictiva o destacamento denominado “Colina”. Efectivamente, en las diversas instancias citadas se explicita el acervo probatorio que evidencia la existencia del destacamento colina con las características que se señalan en los párrafos precedentes:
- Decisión común de integrar la organización. Esto se evidencia en la aceptación no viciada de los miembros del destacamento de integrar un destacamento de operaciones delictivas contra determinados ciudadanos.
 - Aporte individual a la organización por parte de los miembros del destacamento. Esto se muestra en la participación de cada uno de ellos en diversos hechos ilícitos atribuidos al referido Destacamento.
 - Permanencia del destacamento. Se evidencia en el tiempo durante el cual el destacamento realizó sus operaciones delictivas (no menos de 10 meses de actividad ilícita).
 - Estructura interna de toma de decisiones. Ello se aprecia en la estructura jerarquizada, propia de sus miembros vinculados a instituciones castrenses.

el caso enjuiciado un plan de actuación mínimamente determinado más allá de oponerse al sistema jurídico-político vigente.

⁶⁵ STS 28.11.1997; doctrina general; vid. también, entre otras, STS 14.10.1987; 25.1.1988; 14.12.1989; 16.12.1992; 16.5.1995.

II.3 DESARROLLO POSTERIOR DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN: UNA PERSPECTIVA FÁCTICO- NORMATIVA

48. Hemos indicado anteriormente que el criterio formulado por Welzel y reformulado posteriormente por Roxin⁶⁶ para distinguir la autoría de las otras formas de participación (complicidad e instigación) es el criterio del dominio del hecho, criterio ampliamente aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia peruana⁶⁷, al menos para los delitos dolosos de comisión.
49. Sin embargo, el criterio del dominio del hecho puede prestarse a diversas interpretaciones y, por eso mismo, puede ser usado desde planteamientos muy diversos. En ese sentido, cabe distinguir entre el dominio del hecho entendido como dominio fáctico o naturalístico del hecho, esto es, como control exhaustivo del curso causal del delito concreto cometido; y dominio del hecho entendido como dominio normativo del fundamento del delito, esto es, como dominio del riesgo que produce el resultado típico, aunque sin prescindir de la realidad fáctica. El primero es una perspectiva que se halla generalmente asociada a los supuestos de dominio de la acción, esto es, los casos de autoría inmediata o ejecutada de propia mano, mientras el segundo constituye un planteamiento que pretende abarcar las otras modalidades ampliamente aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina: la autoría mediata y la coautoría⁶⁸.

II.3.1 EL RECHAZO A UN CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO BASADO EN EL MERO DOMINIO FÁCTICO (FÍSICO CORPORAL) DEL HECHO CONCRETO.

50. Para dilucidar qué perspectiva del criterio del dominio del hecho debe adoptarse, es importante entender que el mismo debe abarcar, como hemos señalado, los supuestos tanto del que ejecuta materialmente el hecho como aquellos casos en los que se utiliza a otro para la realización típica.
51. Pues bien, la mera perspectiva naturalística o fáctica no logra abarcar con solvencia los casos en los que, a pesar que se evidencia la posición dominante de un agente en el delito, no se constata un control naturalístico del proceso causal lesivo. Efectivamente, desde el momento en que se interpone la voluntad de otra persona en un curso causal, el proceso ya no puede ser controlado por quien lo originó de la misma forma como lo hace el autor inmediato, sin embargo, valorativamente, por su posición predominante

⁶⁶ Roxin empleó el criterio del dominio del hecho esencialmente para su aplicación en los delitos dolosos de comisión, reconociendo sus límites para otras modalidades delictivas como los delitos de omisión o los delitos especiales.

⁶⁷ Ver nota N° 7.

⁶⁸ BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit., p 131 y ss.

- en el delito y la seguridad de que el mismo se llevará a cabo, es que debe considerársele autor⁶⁹.
52. Debido a la insuficiencia señalada debe rechazarse una perspectiva naturalística de la teoría del dominio del hecho pues ésta desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. El control material (fáctico) del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor.⁷⁰
53. De la misma forma, la perspectiva naturalística tampoco logra comprender absolutamente los casos de ejecutores inmediatos, aunque se entienda que estos son su espacio natural. En efecto, se sabe que los cursos causales no son siempre absolutamente previsibles⁷¹ dado que, incluso, pueden surgir factores contingentes que determinen otro curso causal o que el mismo se quede en fase de tentativa. Al igual que en el caso anterior, en estos casos se afirma que dicho ejecutor ha realizado el tipo a pesar de no tener un dominio absoluto sobre el curso causal. Ello implica, al final, la normativización del dato fáctico del control no absoluto del proceso causal.

II.3.2 UN CONCEPTO FÁCTICO - NORMATIVO Y SUS PRESUPUESTOS PROBATORIOS

54. En virtud de las razones esgrimidas en el acápite anterior es que debe asumirse un criterio fáctico - normativo de autor. Es fáctico en la medida que esta concepción no prescinde de la realidad que se pretende regular y es normativo porque, partiendo de la citada realidad, la imputación a título de autor deberá hacerse finalmente por criterios valorativos o normativos marcados por la descripción del tipo.
55. En esa medida, quien pone en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico (perspectiva naturalística), de forma que le sea objetiva y subjetivamente imputable se convierte en responsable del peligro típico (perspectiva normativa), por realizar una injerencia penalmente relevante en la esfera organizativa de otra persona⁷².
56. Poner en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico no sólo se verifica con la creación directa del peligro sino, con todo aquello que implique un dominio sobre el fundamento de un resultado típico⁷³. Este dominio se evidencia, por ejemplo, en las

⁶⁹ Ibidem, p. 132

⁷⁰ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Editorial REPERTOR, Barcelona, 2004, p. 373.

⁷¹ BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit., p. 131.

⁷² BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit., p. 135.

⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. "El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", en: Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio (traducción a cargo de la Dra. Mariana Sacher de la Universidad de Munich),

- estructuras comisivas directas a través del dominio sobre el propio movimiento corporal y en los delitos omisivos impropios a través del dominio sobre una fuente de peligro o a través de la asunción de custodia de una situación de desamparo del bien jurídico⁷⁴.
57. De esta manera, en las estructuras comisivas u omisivas de carácter mediato o indirecto el dominio del riesgo se basa en la creación, el no control pudiendo y debiendo hacerlo o en el aumento del riesgo objetiva y subjetivamente imputable al hombre de atrás⁷⁵. Se trata, en buena cuenta, de la imputación jurídica de riesgos⁷⁶.
58. Con relación a la autoría mediata, esta concepción fáctico normativa de autor logra abarcar todas sus modalidades, esto es, aquella que emplea instrumentos no responsables y aquella que emplea instrumentos plenamente responsables (autor tras el autor). En efecto, puede suceder que el riesgo creado, no controlado o aumentado por un sujeto (el hombre de atrás) sea conducido hasta su concreción o realización en un resultado típico por otra persona (hombre de adelante o ejecutor). Esto no impide que el primer agente pueda seguir siendo considerado plenamente responsable del hecho, en especial cuando la persona interpuesta es instrumentalizada tal como hemos hecho referencia en el acápite 1.2
59. De esta manera, se aprecia un dominio compartido del riesgo, no constitutivo de coautoría dado que el dominio es ejercido desde posiciones distintas y en relación vertical, que sirve a la figura del autor tras el autor. Como hemos mencionado anteriormente, mientras el ejecutor responde por el dominio inmediato de la acción concreta (riesgo originado por el dominio del propio comportamiento), el hombre de atrás (el hombre de escritorio) es responsable del dominio mediato del hecho a través del dominio de la organización o aparato de poder organizado (riesgo originado por el control de la organización la misma que ejecuta delitos)⁷⁷.
60. En consecuencia, para atribuir a una persona un delito a título de autor mediato por dominio de organización debe demostrarse, por parte del hombre de atrás, la creación, el no control (pudiendo y debiendo hacerlo) o el incremento de un riesgo relevante que le sea imputable objetiva y subjetivamente. En estos casos, el riesgo viene determinado

IDEMSA, Lima, 2006, p. 290.

⁷⁴ Ibidem, pp. 288 y ss.

⁷⁵ BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit., p. 135.

⁷⁶ Esta concepción coincide esencialmente con la expresada anteriormente por SILVA SANCHEZ, Jesús María. "La regulación de la comisión por omisión", en: El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Bosch, Barcelona, 1997, p. 62, cuando señala que dominio del hecho significa dominio del tipo, pertenencia del tipo, en el sentido de control sobre el riesgo típico.

⁷⁷ Señala AMBOS, Kai. Op. Cit., que la circunstancia de que el hombre de atrás - a diferencia de los casos "normales" de autoría mediata - no domine de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como "autor de escritorio", emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de injusto individual*.

por el aparato de poder organizado de manera jerárquica e integrada por una pluralidad de miembros sustituibles. Así, la creación de este aparato, su no control o el impulso sostenido del mismo implican conductas de dominio sobre el fundamento de los delitos ejecutados por los miembros del aparato, tratándose de actos de dominio del riesgo imputables objetivamente al hombre de atrás.

61. En ese sentido, podrá sostenerse el dominio del hombre de atrás cuando éste haya creado el aparato de poder organizado mediante el diseño y estructuración del mismo, aprobando su creación o estableciendo un marco normativo que permita el nacimiento del aparato.
62. De la misma manera, será atribuible al hombre de atrás el incremento de un riesgo prohibido, si conociendo la existencia de un aparato de poder organizado que realiza actos ilícitos, propicia que los siga cometiendo mediante el reconocimiento de sus actividades (premios, ascensos o condecoraciones), la falta de investigación y sanción de los delitos perpetrados o brindándole el apoyo de personal, logístico, material o económico que le permita cumplir sus misiones.
63. Así mismo, se constata que es posible evidenciar supuestos de autoría mediata no sólo mediante la modalidad comitiva sino también mediante la omisión (comisión por omisión)⁷⁸. En estos casos, como lo demanda el artículo 13° del Código Penal, es necesario acreditar la posición de garante del hombre de atrás (deber de control de una fuente de peligro como lo es el aparato de poder organizado) y la equivalencia entre su omisión y el hecho realizado comisivamente (el hombre de atrás era uno de los pocos que podía y debía detener totalmente la actuación del aparato de poder).
64. La imputación subjetiva supone, desde una perspectiva fáctico - normativa, conocimiento de la creación del aparato, de su impulso o no control, debiendo hacerlo, del aparato de poder organizado, y la decisión de que aquel inicie sus operaciones, continúe las mismas o las radicalice. Sobre este aspecto nos detendremos en el punto siguiente acápite de este informe.

II.4 EXCURSO: LA ALTERNATIVA DEL CAMINO DE LA COAUTORÍA

65. En el presente texto se ha asumido, como se ha observado, la posición de que el tipo fenomenológico de actuación delictiva que se está sometiendo a análisis (una organización criminal paramilitar-policial) es aprehendido del modo más convincente a través de la figura de la autoría mediata por medio de un aparato organizado de poder. Este es el punto de vista predominante en la doctrina alemana y española, y ha sido

⁷⁸ Acepta la autoría mediata por omisión MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Editorial REPETTOR, Barcelona, 2004, pp. 385.

- asumido por parte de diversos tribunales extranjeros (en particular, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y el Tribunal Supremo Federal alemán)⁷⁹.
66. Sin embargo, como es sabido, hay significativas voces que discrepan de este punto de vista y proponen o bien la aplicación de la inducción o bien –en mayor número– de la coautoría⁸⁰. Los dos argumentos centrales utilizados por *Roxin* para rechazar esta posibilidad son que:
- Por un lado, no habría “acuerdo previo” (como requisito de la coautoría) en estos supuestos.
 - Por otro –como antes se ha destacado en el presente texto– no existe aquí la estructura “horizontal” propia de la coautoría, sino que en el seno de los aparatos organizados de poder, organizaciones fuertemente cohesionadas y con estructuras jerárquicas, las relaciones son de carácter vertical, por lo que “...sólo entra en consideración la autoría mediata.”⁸¹
67. Parece existir, entonces, un verdadero hiato entre ambas posiciones: mientras, por un lado, a veces parece later el reproche implícito de que la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es un instrumento ad hoc, un subterfugio dogmático para casos difíciles, por otro, a veces parece que la coautoría es una solución que dejaría demasiadas lagunas de impunidad.
68. Sin embargo, con independencia de cuál fuera la solución correcta en última instancia, lo cierto es que es necesario destacar que ambas soluciones no se encuentran tan alejadas entre sí como pudiera parecer inicialmente.
69. En primer lugar, puede discutirse el axioma de la necesidad de un acuerdo previo para la coautoría. Como ha hecho *Jakobs*⁸², esta exigencia puede sustituirse por equivalentes más orientados a la integración de la conducta del agente en una estructura común de comisión típica que en el hecho desnudo del acuerdo previo.
70. En segundo lugar, la orientación normativa de la noción de dominio por organización que antes se ha expuesto, es decir, la consideración del factor colectivo, del peso propio de la organización, como elemento decisivo, queda manifiesta en la afirmación del

⁷⁹ Así lo afirma el propio ROXIN, ZStrR 125 (2007), pp. 2, 8 y s., con referencias.

⁸⁰ Cfr. por ejemplo JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, 1991, 21/103; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 670; OTTO, *Gundkurs Strafrecht. Allgemeine Straftatlehren*, 7ª ed., 2004, 21/92; vid. la crítica, por todos, en ROXIN, ZStrR 125 (2007), pp. 3 y ss., con referencias.

⁸¹ ROXIN, ZStrR 125 (2007), p. 5.

⁸² AT², 21/43. Asume una posición absolutamente cognitiva del dolo RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°, 2004, p. 1.

propio *Roxin* de que “...en realidad, el verdadero instrumento es el aparato como tal...”⁸³; esta consideración aproxima ambas opciones, si se piensa que el elemento que permite, en el pensamiento de *Jakobs*, la opción de la coautoría, en el fondo no es otra cosa que la existencia de una organización estructurada en la que la aportación del sujeto puede integrarse, a la que puede adaptarse⁸⁴.

71. Así las cosas, el elemento central es el mismo: el aparato que permite transmitir las órdenes, que en un caso está más cerca de un ente común y en otros, más de un *aparato* manejado sólo en una dirección.
72. En última instancia, lejos de convertirse en opciones contrapuestas, coautoría y autoría mediata expresarían distintos grados de densidad y verticalidad de la organización criminal: en cuanto más informal el proceso de toma de decisión, menos especialización funcional –al estilo de los actuales grupos terroristas yihadistas–, más cerca de la coautoría; en cuanto más peso de la jerarquía, mayor especialización funcional –como en un grupo de estructura militar–, más cerca de la autoría mediata.

III. LA PRUEBA DEL DOLO EN SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN

III.1 DE LAS CONCEPCIONES PSICOLÓGICAS Y VOLITIVAS A LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS Y ESENCIALMENTE COGNITIVAS DEL DOLO.

73. Desde antiguo se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o sólo conocimiento (teoría de la representación). La doctrina dominante se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal, aunque últimamente, ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento.⁸⁵
74. Esto último ha sucedido producto de las duras críticas dirigidas a las teorías originarias de la voluntad (teoría de la aprobación o del consentimiento o teoría del sentimiento), las cuales junto a la previsión del resultado requieren que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, haya estado de acuerdo con él.⁸⁶

⁸³ ROXIN, ZStrR 125 (2007), p. 9.

⁸⁴ AT², 21/103.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Editorial REPERTOR. 7^o Edición. Barcelona. 2004. p. 262.

⁸⁶ Cfr. HAVA GARCÍA, Esther. “Dolo eventual y culpa consciente Criterios diferenciadores.” En: Anuario de Derecho Penal. Lima. 2003. p. 126.

75. Al respecto, se ha criticado a la configuración del elemento volitivo del dolo que, en la medida en que se exija que el sujeto “acepte” o “apruebe” el resultado, se está enjuiciando su “actitud emocional” antes que su “voluntad” con respecto a la afección del bien jurídico o, dicho en otras palabras, se confunde lo “consentido en sentido jurídico” con lo “deseado internamente” por el individuo.⁸⁷
76. De otra parte, se ha dicho que hacer que la imputación dependa, a título de dolo, exclusivamente de datos psíquicos incurre en arbitrariedad y obliga a tratar de forma desigual supuestos valorativamente idénticos. Así, el confiar, esperar o ansiar que el resultado no se produzca a pesar de saber que se hace todo lo necesario para matar, lesionar o dañar es algo irracional que no se puede tener en cuenta intersubjetivamente⁸⁸, y, por el contrario, una vez que se tiene dicho conocimiento lo que el sujeto espere o confíe no aporta nada a la valoración de un hecho como injusto doloso.⁸⁹
77. Además, las “teorías de la voluntad” conducen a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes. El derecho sólo puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la ausencia del resultado cuando el autor emprende unas medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo se limita a confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que a no tienen que ver con su actuación.⁹⁰
78. Sin embargo, compartiendo gran parte de lo sostenido anteriormente, no es de recibo llevar a escoger una posición absolutamente cognitiva pues la principal crítica que se le puede realizar a la teoría de la representación es que, de facto, lejos de negar la existencia del elemento volitivo en la configuración del dolo, se limita lisa y llanamente a presumir su concurrencia cuando se constata un cierto grado de conocimiento en el autor.⁹¹
79. En base a lo dicho, ha surgido una concepción del dolo que se caracteriza sobre todo por el rechazo de las posiciones que identifican, de forma más o menos explícita, el elemento volitivo con las actitudes emocionales del sujeto con respecto al objeto

⁸⁷ HAVA GARCÍA, Esther. Op. Cit. pp. 126-127.

⁸⁸ Ilustra bien esta irracionalidad RAGUÉS Y VALLES, Ramón. Op. Cit., p. 12, cuando ejemplifica el caso de atracador que sabe que la pistola está cargada y que el agente se encuentra en las posibles trayectorias de la bala o el caso del conductor que es consciente de que, si cruza en rojo, es posible que su vehículo colisione con los que se acercan por la vía perpendicular. “¿Qué decisión debe tomar el juez ante las alegaciones de que estos conocimientos singulares no se integraron en el juicio de peligro concreto que exige el dolo?”

⁸⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El dolo eventual. Editorial Cordillera S.A.C. Perú. 2004. p.30.

⁹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit. p.32.

⁹¹ KHOLER. 1982. pp. 301 y ss. Citado por: HAVA GARCÍA, Esther. Op. Cit. p.116.

- penalmente protegido y más bien, describen el factor volitivo propio del dolo como una “decisión” del autor en contra del bien jurídico o a favor del injusto⁹², produciéndose así, la objetivación del dolo.
80. En ese sentido, el dolo no puede ser un concepto ontológico o psicológico, sino un concepto esencialmente normativo que debe ser determinado por la ciencia dogmática y por la jurisprudencia mediante la interpretación del derecho positivo.⁹³ Como señala Hruschka⁹⁴, el dolo como la libertad o la culpabilidad no son fenómenos externos que puedan probarse, al menos como el término probar se entiende tradicionalmente. Señala el referido autor que “cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, aunque resultara errónea su idea de que el *dolus ex re* es una inferencia que puede probar los hechos internos por referencia a los externos”. Es por ello que el dolo no se prueba sino que se imputa.⁹⁵
81. El ordenamiento jurídico manifiesta cuáles son los hechos que no se pueden realizar, y presupone que los ciudadanos con esa declaración ya se ven motivados para no tener en cuenta esa posibilidad y planificar sus futuros comportamientos de acuerdo con lo prescrito por el ordenamiento. Si deciden realizarlos siendo conscientes del alcance de su conducta no hace falta nada más para considerar que hay un injusto doloso.⁹⁶
82. En esa medida, “el injusto doloso se caracterizaría porque una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcar intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que convertirán ese hecho en un hecho típico”⁹⁷.
83. Por tanto, para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte, lesiones o daños y, por ende, que prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo.⁹⁸
84. Si bien no se puede hablar de un “conocimiento” seguro con respecto a hechos futuros, sí se puede hablar de un cálculo con base en el conocimiento de una serie de datos que se encuentran al alcance del autor. Para imputar la realización de un tipo a título de dolo no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente

⁹² HAVA GARCÍA, Esther. Op. Cit. p.131.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ HRUSCHKA, Joachim. “Sobre la difícil prueba del dolo”, en: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson/Catedra Garrigues, Navarra, 2005, p. 155.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit.p.28.

⁹⁷ FRISCH. *El error como causa de exclusión del injusto o de la culpabilidad en el derecho penal alemán, justificación y exculpación en el derecho penal*. Madrid. 1995. pp. 196 y ss. Citado por: FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit. p. 23.

⁹⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit.p. 24.

- saber que la realización del hecho típico queda en manos del azar y que se ha hecho o se hará lo suficiente o necesario para lesionar otro. Así, sólo se considera un injusto doloso cuando el autor tenía un conocimiento suficiente para planificar el futuro hecho típico.⁹⁹
85. Lo afirmado hasta ahora no significa, sin embargo, que sea el conocimiento lo que fundamenta exclusivamente la imputación a título de dolo. Lo que el sujeto conoce o desconoce es una cuestión de constatación o determinación fáctica, pero la simple representación no puede constituir la infracción de un deber. El fundamento del desvalor se encuentra en la “decisión” de realizar algo o de omitir una conducta a pesar de lo que se conoce.¹⁰⁰
86. Por ello, el dolo no consiste sólo en un elemento intelectual que no es más que su base fáctica, sino que además ha de darse un elemento que tiene que ver con la voluntad del sujeto: la decisión.¹⁰¹ Hay que fundamentar el dolo en una decisión contra el bien jurídico-penal en la forma típicamente protegida por la norma penal.¹⁰²
87. En este proceso de revalorización del elemento intelectual del dolo tienen gran importancia los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de abril de 1992, la cual señala: “La jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción, y dicho peligro supera claramente el peligro permitido. En tales supuestos la jurisprudencia ha puesto de relieve que el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca no ha sido considerado como elemento que excluya el dolo.¹⁰³
88. La decisión no es un elemento que tenga que demostrar en el procedimiento. Lo que hay que demostrar, directamente o por indicios, es que el autor conocía el riesgo que él creó o no evitó como garante y que posteriormente se realizó en el resultado. El elemento intelectual es, pues, el que debe ser probado en el proceso. Una vez demostrado éste, toda decisión de actuar a pesar de ese conocimiento es una infracción de la norma de evitar muertes, lesiones o daños. Esta afirmación coincide con nuestra práctica procesal. El problema del dolo en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo.¹⁰⁴

⁹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit.p. 25.

¹⁰⁰ Ibidem. p.57.

¹⁰¹ Ibidem. p. 15.

¹⁰² Ibidem. p. 64.

¹⁰³ Ibidem. p. 79.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 61.

III.2 LA PRUEBA DEL DOLO EN LOS SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN

89. Una vez afirmado que el elemento fundamental del dolo es el elemento cognitivo y que sobre dicha base es posible imputar o atribuir el dolo (no probarlo), queda por resolver la siguiente cuestión ¿cómo probar el conocimiento suficiente de un riesgo creado o asumido?
90. Señala Ragués y Vallés¹⁰⁵ que en el caso de la “prueba del conocimiento” la elección de un criterio teórico que permita determinar la solución correcta exige analizar el contenido de las denominadas “reglas de experiencia” y, de forma más precisa, de aquéllas que pueden denominarse “reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno”. De acuerdo con estas reglas, continúa el citado autor, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos es posible determinar qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta. En consecuencia, el parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de amplio consenso social en torno a su vigencia.

Sólo cuando el juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia de vigencia indiscutible según la cual, presupuestos ciertos datos objetivos, una persona por fuerza ha sido conocedora de determinados hechos, podrá atribuir correctamente dichos conocimientos al concreto acusado. Cualquier convicción judicial que se aparte de este criterio deberá ser considerada arbitraria (...).¹⁰⁶

91. De acuerdo con lo mencionado, la imputación dolosa de un resultado delictivo a un agente como autor mediato por dominio de organización supone el conocimiento suficiente por parte de este de la existencia de un aparato de poder organizado con las características descritas en el acápite anterior, el conocimiento, dada su posición jerárquica en la estructura del aparato, de su dominio sobre el fundamento del riesgo típico y el conocimiento del funcionamiento permanentemente ilícito del referido aparato.
92. Teniendo en cuenta el proceso judicial que es materia del presente amicus, los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta podrían ser atribuidos o imputados a título doloso al autor mediato por dominio de organización siempre que, de acuerdo a determinadas reglas de la experiencia no quepa negar el conocimiento de realización del riesgo típico.

¹⁰⁵ RAGUES Y VALLES, Ramón. Op. Cit., p. 7 y ss.

¹⁰⁶ *Ibidem*

93. En otras palabras, si de acuerdo con los hechos tenidos por probados¹⁰⁷ y en base a las reglas de la experiencia compartidas socialmente no es posible racionalmente sostener que el acusado, el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, desconocía la realización (comisiva u omisiva) del riesgo típico, esto es, el dominio que ejercía sobre aparato de poder organizado (el dominio sobre el fundamento del resultado) y las operaciones ilícitas que este realizaba, entonces debería imputársele como autor mediato a título doloso los delitos ejecutados por el destacamento Colina.

¹⁰⁷ Así por ejemplo, la existencia del destacamento Colina, la posición jerárquica y funcional del agente con relación a la ubicación del destacamento Colina dentro del SIN y el Ejército, la actuación duradera de las operaciones ilícitas del destacamento, la capacidad inmediata para detectar organizaciones delictivas dentro de aparato del Estado cercano al poder gubernamental, aseguramiento de la situación de impunidad de los ejecutores desde los diversos órganos del Estado -Congreso, Poder Judicial, Ministerio Público, Inspectoría General del Ejército, el involucramiento directo en asuntos de lucha contrasubversiva, etc.)

IV. CONCLUSIONES

1. La autoría mediata en aparatos de poder organizado plantea una modalidad adicional de autoría mediata: aquella en la que el hombre de atrás realiza el hecho punible utilizando un aparato de poder organizado cuyos miembros aparecen como fungibles o sustituibles y actúan sin déficit de conocimiento o voluntad. En estos casos, el instrumento en sí no son las personas individualmente consideradas sino las personas en tanto integrantes sustituibles de un aparato de poder organizado de manera jerárquica y vertical.
2. En esa medida, el fundamento del dominio del hombre de atrás se basa no sólo en la sustituibilidad o fungibilidad de los hombres de adelante sino también en la necesidad de contar con una organización con estructura jerárquica, basada en relaciones de supremacía y subordinación (relación vertical) que esté integrada por un mínimo stock de personas que puedan sustituir al ejercicio fallido, independientemente de su disposición personal o no a cometer el delito.
3. Por ello, las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad al hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual.
4. En ese contexto, el dominio del hecho que ejerce el hombre de atrás sobre las actividades ilícitas realizadas por el aparato de poder organizado, responde a un criterio fáctico- normativo. En efecto, poner en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico no sólo se verifica con la creación directa del peligro sino con todo aquello que implique un dominio sobre el fundamento de un resultado típico.
5. En ese sentido, el dominio del riesgo en las estructuras comisivas u omisivas de carácter mediato puede tener como base: la creación, el no control (pudiendo y debiendo hacerlo) o el aumento del riesgo. Así, la creación del aparato, su no control o el impulso sostenido del mismo implican conductas de dominio sobre el fundamento de los delitos ejecutados por los miembros del aparato, tratándose de actos de dominio del riesgo imputables objetivamente al hombre de atrás.
6. Así, podrá sostenerse el dominio del hombre de atrás cuando éste haya creado el aparato de poder organizado mediante el diseño y estructuración del mismo, aprobando su creación o estableciendo un marco normativo que permita el nacimiento del aparato. De la misma manera, será atribuible al dominio del hombre de atrás el incremento de un riesgo prohibido, si conociendo la existencia de un aparato de poder organizado que realiza actos ilícitos, propicia que los siga cometiendo mediante el reconocimiento de sus actividades (premios, ascensos o condecoraciones), la falta de investigación y sanción de los delitos perpetrados o brindándole el apoyo de personal, logístico, material o

económico que le permita cumplir sus misiones. Por último, en su modalidad omisiva será necesario acreditar la posición de garante del hombre de atrás (deber de control de una fuente de peligro como lo es el aparato de poder organizado) y la equivalencia entre su omisión y el hecho realizado comisivamente (el hombre de atrás era uno de los pocos que podía y debía detener totalmente la actuación del aparato de poder).

7. En ese orden de ideas, la imputación subjetiva supone desde una perspectiva fáctico-normativa, el conocimiento de la creación del aparato, de su impulso o no control (debiendo y pudiendo hacerlo) y la decisión de que aquél inicie sus operaciones, continúe las mismas o las radicalice. Por tanto, para imputar autoría mediata a título doloso, el proceso penal debe demostrar directamente o por indicios, que el autor conocía el riesgo que creó, aumentó o no evitó como garante y que posteriormente se realizó en el resultado. La constatación de estas circunstancias externas aportará la base que fundamenta la imputación del dolo.
-

**CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ**

GORKI GONZALES MANTILLA

DNI N° 29281249

Profesor Principal Pontificia Universidad Católica del Perú
Coordinador de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del
Perú

YVAN MONTOYA VIVANCO

DNI N° 16641697

Profesor Ordinario Pontificia Universidad Católica del Perú
Asesor Principal de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad
Católica del Perú

**EQUIPO TÉCNICO DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE
LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

HEBER JOEL CAMPOS BERNAL

Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del
Perú / DNI N° 42356996

MARTÍN SOTO FLORIÁN

Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del
Perú / DNI N° 42994332

INGRID DÍAZ CASTILLO

Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del
Perú / DNI N° 41824362

ROXANA RODRIGUEZ- CADILLA PONCE

Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del
Perú/ DNI N° 09673363

Dr. MANUEL CANCIO MELIA

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

RED LATINOAMERICANA DE CLÍNICAS JURÍDICAS DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

Suscriben el presente documento:

BEATRIZ LONDOÑO TORO

Directora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos
Profesora Principal de la Universidad del Rosario
Directora Clínica Jurídica- Grupo de Acciones GAP
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario / Bogotá- Colombia

MARIELLA GLADYS PUGA

Directora de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de Córdoba

DOMINGO A. LOVERA PARMO

Director de Investigaciones del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales
/ Chile

LUIS ARRIAGA VALENZUELA

Director del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez/ México D.F.

LOS ABAJO FIRMANTES, PROFESORES UNIVERSITARIOS, CONSIDERANDO LA RELEVANCIA DEL PROBLEMA MATERIA DEL PRESENTE INFORME Y LA CALIDAD CON LA QUE HA SIDO ABORDADO, NOS ADHERIMOS A ÉL Y LO SUSCRIBIMOS EN TODOS SUS EXTREMOS.

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS

Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú / DNI N° 08243622

JORGE AVENDAÑO V.

Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú / DNI N° 07817005

ROLANDO AMES COBIAN

Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú / DNI N° 06256641

JAVIER DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA

Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú / DNI N° 07781907

SAMUEL ABAD YUPANQUI

Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú / DNI N° 07394421