

Comentarios sobre la Sentencia de Extradición de Alberto Fujimori Fujimori

Rodrigo Lledó Vásquez*

Este comentario, junto a los documentos que analiza, está disponible en www.anuariodch.uchile.cl

El 21 de septiembre del año 2007, la Corte Suprema chilena acogió la solicitud de extradición del Estado peruano, respecto del ex presidente de dicho país, Alberto Fujimori Fujimori.

Esta sentencia acogió un recurso de apelación en contra de la resolución de primera instancia que negaba dicha extradición, dictada por un Juez de la misma Corte. La divergencia entre una y otra sentencia estuvo marcada por la distinta ponderación de los antecedentes probatorios.

1. Cargos imputados

La extradición se solicitó por dos grupos de delitos, por una parte las violaciones a los derechos humanos¹, y por otra, actos de corrupción, referidos a la concentración y conservación del poder político, y al beneficio económico propio y de terceros².

2. Defensa de Fujimori

Aun cuando el fallo de primera instancia negó la extradición, por no considerar probados los cargos, cabe destacar que rechazó prácticamente todas las alegaciones generales invocadas por la defensa³. El fallo de segunda instancia volvió rechazar estas alegaciones, pero en la mayoría de los casos por fundamentos distintos.

Alegaciones previas

La defensa sostuvo que Fujimori gozaba de **inmunidad de jurisdicción** en su calidad de ex Jefe de Estado. La sentencia de primera instancia rechazó la alegación, sosteniendo que las inmunidades persiguen garantizar el eficaz desempeño de los cargos públicos y no privilegiar a las personas que los sirven, añadiendo que según la convención contra la tortura y el derecho internacional, no es admisible eximir de responsabilidad al Jefe de Estado por delitos contra los derechos humanos⁴.

* Abogado. Profesor ayudante de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional en la Universidad de Chile. Trabajó en la Vicaría de Pastoral Social, agencia implementadora de ACNUR en Chile; en la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, y en la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Actualmente se desempeña como Abogado Asesor de la Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte.

¹ Sótano SIE y su ampliación, y Barrios Altos-La Cantuta.

² Casos Allanamiento, Pago Sunat-Borobio, Interceptación Telefónica, Faisal (Aprodev), Tractores Chinos-Medios de Comunicación, Medicinas Chinas, Quince Millones, Congresistas Tránsfugas, Desviación de Fondos y Decretos de Urgencia.

³ Se exceptúan: (1) la prescripción (que fue acogida parcialmente en el caso Sótano SIE) y, (2) la falta de configuración del delito de Asociación Ilícita (que es más bien una alegación de fondo).

⁴ Considerandos 12 a 17. La Corte no especifica si se trata de la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes", de Naciones Unidas, o la "Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar La Tortura".

Finalmente, indicó que la pretendida inmunidad no se encuentra contenida en el Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y Perú de 1932⁵, ni en la Convención de Derecho Internacional Privado⁶, ni en el ordenamiento jurídico chileno, y que, por lo demás, el Estado requirente cumplió con el levantamiento de su inmunidad constitucional. Consideró que, además, la supuesta inmunidad operaba en el caso como un requisito de procesabilidad más que inmunidad propiamente tal.

La defensa alegó también la **falta de procesamiento**, ya que Fujimori no había sido ni procesado ni condenado en Perú, siendo éste un requisito exigido por la legislación chilena para que sea procedente la extradición, debiendo entenderse el procesamiento en los términos del Código de Procedimiento Penal de Chile.

El fallo de primera instancia rechazó este argumento, limitándose a señalar que correspondía a los tribunales peruanos determinar según su legislación si había existido o no un procesamiento válido. La sentencia de segunda instancia señaló primeramente que Fujimori no había sido procesado por encontrarse prófugo de la justicia. Enseguida, citó el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que impide a los Estados escudarse en disposiciones de derecho interno para incumplir tratados internacionales; y citó también el Código de Bustamante, que exige un “mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza, o que obligue al interesado a comparecer periódicamente ante la jurisdicción represiva”, además de “pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad”⁷. Entiendo que la remisión a estas normas permitió al tribunal concluir que los requisitos del procesamiento chileno son equivalentes al Auto Apertorio de Instrucción y mandamiento de detención peruano.

En casos anteriores, la Corte había exigido que el procesamiento foráneo cumpliera con todas las exigencias y particularidades del chileno. Este criterio rígido y localista se flexibiliza y armoniza ahora con el Código de Bustamante, que consagra márgenes de interpretación más amplios en aras de compatibilizar distintos sistemas jurídicos, lo que ciertamente es digno de destacar.

La defensa también alegó que el Estado peruano había violado las garantías del debido proceso por la falta de notificación y de procesamiento. Ambas sentencias rechazaron este argumento.

La sentencia de primera instancia reiteró que no correspondía a los tribunales chilenos determinar si se habían violado las garantías del debido proceso, sino a la justicia peruana.

Comparto el rechazo de la alegación de la defensa⁸, pero estimo que la inhibición del tribunal o la delegación al juez del fondo en Perú, es extraordinariamente peligrosa. Es perfectamente posible que en el país requirente se gesticione un proceso penal que infrinja las garantías del debido proceso, o bien que éste sea sólo una forma encubierta de persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o de otra índole. Si ello ocurriese, en mi opinión la extradición debe ser rechazada y en su lugar concederse asilo al requerido, por normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹, aplicables a mi juicio a todo proceso de extradición.

Acertadamente entonces, el fallo de segunda instancia coincide en rechazar la alegación de la defensa, pero en vez de delegar el conocimiento del asunto en la justicia peruana, sostiene que

⁵ En adelante el Tratado Bilateral.

⁶ También conocida como Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, cuya aplicación supletoria no fue cuestionada en el proceso.

⁷ Artículo 365 N° 1.

⁸ Estando prófugo Fujimori era imposible que fuera notificado y procesado. El proceso de extradición tenía precisamente esa finalidad. Resulta plenamente aplicable el viejo aforismo jurídico, “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.8) y Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otras.

se ha cumplido con las garantías de un racional y justo proceso, ya que tanto en Chile como en Perú, Fujimori contó con asesoría letrada, pudiendo controvertir pruebas e imputaciones. Si bien el fallo no atiende el punto preciso que plantea la defensa, es destacable que se haga cargo de la alegación, la resuelva y la fundamente.

La defensa denunció además la infracción de varios principios del Derecho Penal, como el de proporcionalidad, *ne bis in idem*, última ratio y principio de especialidad.

La sentencia de primera instancia rechazó el planteamiento, señalando que esta materia debía ser resuelta por el tribunal peruano que conociese de cada causa.

Esta vez el fallo de segunda instancia coincidió con su predecesor, e indicó que estos argumentos constituyen defensas de fondo que debían ser planteadas ante el tribunal que juzgue al imputado. Sin embargo, la Corte a continuación señala que no puede dejar de velar por el respeto irrestricto de tales principios, también presentes en nuestro procedimiento extraditorio, pero reservó su análisis para cada caso en particular.

Finalmente, la defensa alegó que existía una reiteración de imputaciones, hechos y antecedentes incriminatorios para fundamentar distintas acusaciones¹⁰.

La sentencia de primera instancia rechazó esta argumentación estimando que ello importaría una infracción al principio *ne bis in idem*, materia de competencia de los tribunales peruanos, según ya expresó. El fallo de segunda instancia en lo medular concuerda con este criterio.

Comentando esta alegación y la anterior, digamos que el requerimiento de extradición, acertadamente o no, agrupó y separó los cargos buscando demostrar que una misma situación fáctica configuraba distintos delitos, o bien que estos delitos eran reiterados pero presentaban particularidades distintas. Se trata de una cuestión formal que no infringe el principio *ne bis in idem*, puesto que este principio prohíbe juzgar dos veces un mismo hecho, y el juzgamiento sólo tendrá lugar en Perú. Una infracción efectiva podría presentarse si el requerido de extradición hubiere sido anteriormente juzgado por los mismos hechos por los cuales se pide su extradición. Debidamente comprobada esta situación, existiría una violación a los artículos 8.4 de la Convención Americana y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En relación a los restantes principios, *extrema ratio*, principio de proporcionalidad y de especialidad, efectivamente fueron planteados por la defensa como alegaciones propias del proceso penal de fondo. No obstante, es necesario dejar sentado que si se hubiese denunciado una real infracción a estos principios, ello no debiese quedar entregado al entero arbitrio del Estado requirente, debiendo ser analizados y resueltos en el proceso de extradición.

Requisitos de la extradición

En relación con los requisitos de la extradición, la defensa señaló que: (1) no se cumplía con el principio de doble incriminación, ya que no existía coincidencia entre los hechos y el delito imputado¹¹; (2) no se satisfacía el requisito de penalidad mínima para la procedencia de la extradición, pues varios de los cargos formulados tenían una penalidad que no excedía del año de privación de libertad; (3) varios de los delitos imputados estaban prescritos; (4) no se configuraba el delito de asociación ilícita, y (5) existía una infracción al principio de la presunción de inocencia pues

¹⁰ Casos Desviación de Fondos y Quince Millones, Decretos de Urgencia y Desviación de Fondos, y Medicinas Chinas y Tractores Chinos.

¹¹ La Corte Suprema había fallado conforme a este criterio en las extradiciones de Calmell y Borobio.

el Estado requirente inculcaba a Fujimori por su sola condición de Jefe de Gobierno y de las Fuerzas Armadas, lo que equivale a presumir de derecho la responsabilidad penal.

Con respecto a la doble inculcación, la sentencia de primera instancia acertadamente puntualiza que los hechos deben ser delito tanto en el Estado requirente como en el requerido, no siendo necesario que reciban la misma “denominación jurídica”.

En el mismo sentido, la sentencia de segunda instancia añade que lo relevante son los hechos y no la calificación jurídica, por lo que un eventual error en la calificación del delito de conformidad a las leyes del Estado requerido, no invalida la petición de extradición, como pretendía la defensa. La Corte también sostiene que ni los tratados internacionales, ni la legislación peruana, ni la chilena, exigen que el Estado requirente “indique la norma equivalente de la Nación requerida que sanciona como delito la situación fáctica por la cual se expide la solicitud de extradición”¹². Si ello se realizara, sólo sería a título ilustrativo y no vinculante para el Estado requerido.

Innecesariamente a mi juicio, el fallo también señala que lo que sí resulta vinculante para el Estado requirente es la calificación jurídica según su propia legislación¹³. Citando jurisprudencia de la propia Sala Penal de la Corte Suprema¹⁴, sostiene que los artículos 365 N°3° del Código de Bustamante y 5° letras a) y b), de la Convención de Montevideo, obligan al Estado reclamante a individualizar con exactitud el delito que se atribuye al requerido, lo que tendría por finalidad evitar que sea juzgado posteriormente por una figura delictiva distinta.

Convengamos en que esta interpretación no fluye del tenor literal de las disposiciones internacionales citadas¹⁵, que únicamente estipulan que el Estado debe señalar el delito preciso que se imputa y adjuntar el texto legal que lo contiene. La discusión en realidad versa sobre el principio de especialidad, según el cual el extraditado no puede ser juzgado por un “delito” distinto del que hubiere motivado la extradición¹⁶. La expresión delito ciertamente incluye los hechos, si además abarca la calificación jurídica, es a lo menos discutible, pues ella quedaría tempranamente resuelta de manera definitiva e inmodificable, privando a la víctima y al propio enjuiciado del análisis y debate que sólo puede darse en el juicio de fondo. *A fortiori*, el tratado de extradición entre Nicaragua y Chile¹⁷, admite el cambio de calificación jurídica estableciendo como límite únicamente que la nueva calificación corresponda a una que también hubiera permitido la extradición¹⁸.

¹² Considerando Octavo del fallo de segunda instancia.

¹³ Considerando Quinto del fallo de segunda instancia.

¹⁴ El fallo cita la Sentencia C.S. Rol N° 3.129, 5 de junio de 2005.

¹⁵ Código de Bustamante, artículo 365, “Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse: 3. Copia auténtica de las disposiciones que establezcan la calificación legal del hecho que motiva la solicitud de entrega, definan la participación atribuida en él al inculcado y precisen la pena aplicable”. Convención de Montevideo, artículo 5, “El pedido de extradición debe formularse por el respectivo representante diplomático, y a falta de éste por los agentes consulares o directamente gobierno a gobierno, y debe acompañarse de los siguientes documentos, en el idioma del país requerido: a) Cuando el individuo ha sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada. b) Cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena. c) Ya se trate de condenado o de acusado, y siempre que fuera posible, se remitirá la filiación y demás datos personales que permitan identificar al individuo reclamado.”

¹⁶ Artículos VIII del Tratado Bilateral y 377 del Código de Bustamante.

¹⁷ Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 28 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de Chile el 20 de agosto de 2001.

¹⁸ Artículo 14°. “Variación de la calificación. Cuando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será sometida a proceso o condenada sino en la medida en que los elementos constitutivos del delito que corresponda a la nueva calificación hubieran permitido la extradición”.

En fin, la Corte se pronunció sobre la calificación jurídica concreta y la penalidad mínima al analizar cada uno de los cargos. Ninguno de ellos fue rechazado por estimar que no se cumplía con el requisito de la penalidad mínima.

En cuanto a la pretendida prescripción de varios de los delitos imputados, se argumentó que según la ley chilena¹⁹ la prescripción se suspende desde que existe un proceso criminal dirigido contra el imputado²⁰ y no uno de naturaleza constitucional, aludiendo al antejuicio constitucional que finalmente levantó la inmunidad a Fujimori. Igualmente, se objetó la pretensión del Perú de aplicar el artículo 100 del Código Penal chileno. Esta disposición establece que el plazo de prescripción aumenta al doble si el imputado se encuentra fuera del territorio de la República. Se sostuvo que la norma no es aplicable a la extradición pasiva, ya que al utilizar la voz “República”, sería aplicable sólo a los delitos cometidos dentro de Chile.

El fallo de primera instancia no se pronunció expresamente sobre el momento en que se suspende la prescripción. Únicamente en el caso “Desviación de Fondos”, con cierta ambivalencia, señaló que pudo haberse producido al iniciarse el respectivo antejuicio constitucional por denuncia del Fiscal de la Nación contra Fujimori o en todo caso al presentarse la denuncia penal respectiva²¹.

En cuanto al artículo 100 del Código Penal chileno, el fallo de primera instancia acogió la tesis de la defensa, estimando que sólo es aplicable a delitos cometidos en Chile, no pudiendo aplicarse por “analogía” a hechos que ocurrieron en otro país.

Finalmente, en el caso “Sótano SIE”, considera acreditados sólo dos delitos de secuestro²², “cuya acción penal sin embargo se encuentra prescrita”²³. No hay fundamentación de la decisión.

El Estado peruano controvertió lo resuelto indicando que según los artículos 99 y 100 de la Constitución Política del Perú, un Presidente en funciones no puede ser procesado durante su mandato y hasta seis meses después de expirado éste²⁴. Por lo tanto, el plazo de prescripción difícilmente podía comenzar a correr en tanto no era posible, ni legal ni constitucionalmente, entablar acción penal. Finalmente, el Estado peruano invocó la interrupción de la prescripción, indicando que según el artículo 96 del Código Penal chileno, la prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, cuando se comete un nuevo crimen o simple delito. A Fujimori se le imputaron diversos delitos cometidos hasta el año 2000, cuando abandonó el país.

El fallo de segunda instancia declaró plenamente aplicable el artículo 100 del Código Penal, estimando que reducir su aplicación únicamente a los delitos cometidos en Chile implicaría una infracción a los principios de igualdad entre los Estados y reciprocidad en sus relaciones. Citando el Tratado Bilateral indica que “es imperativo aplicar todo el universo de las disposiciones que sobre prescripción contiene su legislación interna”²⁵, y que conforme el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, éstos deben interpretarse de buena fe y de acuerdo a su objeto y fin, que en materia de extradición es impedir la evasión de la justicia, por lo que debe preferirse la interpretación que dé eficacia a la norma.

¹⁹ El artículo V N° 2 del Tratado Bilateral entre Chile y Perú establece que para determinar si la acción o la pena se encuentran prescritas, debe atenderse a las leyes del país requerido, en este caso, las leyes chilenas.

²⁰ Artículo 96 del Código Penal chileno.

²¹ Considerando 93 del fallo de primera instancia.

²² En contra de los señores Gorriti y Dyer ocurridos en el año 1992.

²³ Considerando 104 del fallo de primera instancia.

²⁴ Teóricamente este antejuicio constitucional –de carácter procesal– podría haberse levantado antes, pero ello no pudo ocurrir en Perú sino después que Fujimori abandonó el país, ya que antes concentraba sobre sí el control del poder político y el Ministerio Público.

²⁵ Considerando undécimo del fallo de segunda instancia.

El cuanto al momento desde el cual debía contarse la suspensión de la prescripción, al analizar el caso “Allanamiento” sostiene que la prescripción se suspendió desde la presentación de la Denuncia Penal por la Fiscalía de la Nación²⁶.

En el caso “Sótano SIE”, coincide con el fallo apelado en que sólo se encuentran acreditados los mismos dos delitos de secuestro. Sin embargo, rechazó la prescripción de los mismos y declaró procedente la extradición, fundada en que la prescripción se interrumpió por la comisión de nuevos delitos, particularmente los contenidos en el caso “Intercepción Telefónica”.

Es francamente novedoso y loable que se haya dado aplicación al artículo 100 del Código Penal a un caso de extradición pasiva, cambiándose el criterio antiguamente establecido en el caso Walter Rauff, imputado por el asesinato de más de 97.000 judíos en tiempos de la Alemania Nazi, donde la Corte desestimó la aplicación del citado artículo 100, declaró prescritos los delitos y rechazó la extradición. Es igualmente destacable la referencia a los criterios de buena fe y el objeto y fin de los tratados, que si bien no era del todo pertinente porque se interpretaban normas internas, ciertamente constituyen criterios interpretativos coadyuvantes que no pueden dejar de ser considerados en un proceso de extradición. En cambio, resulta sorprendente la ausencia de toda consideración sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad²⁷.

La defensa alegó también que no se configuraba el delito de asociación ilícita, lo que fue acogido por la sentencia de primera instancia, la cual indicó que no existían antecedentes suficientes para acreditar su comisión según la tipificación chilena. El tribunal de segunda instancia coincidió en ello²⁸.

Además, la defensa denunció la infracción al principio de presunción de inocencia. El fallo de primera instancia se limitó a señalar que las pruebas deben ser apreciadas por un órgano jurisdiccional imparcial. Concordantemente, el Fallo de segunda instancia estima que tales alegaciones debían ser resueltas por los jueces del fondo.

En mi opinión, la Corte Suprema pudo señalar explícitamente que extraer consecuencias probatorias del hecho de haber sido Fujimori Presidente del Perú no constituye una presunción de derecho de responsabilidad penal, y por tanto no hay infracción al principio de presunción de inocencia, siendo esta circunstancia fáctica sólo un antecedente que debe ser ponderado, ahora sí, por los jueces del fondo junto a las demás pruebas existentes.

Concluamos esta parte notando que la defensa no invocó en su favor la amnistía como causal de extinción de la responsabilidad penal²⁹. Probablemente tal alegación habría resultado inoficiosa, ya que Perú tempranamente precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había declarado que tales leyes carecían de efectos jurídicos³⁰. Sin embargo el Estado requirente invocó esta autoamnistía como otro antecedente que permitía demostrar la responsabilidad penal de Fujimori en el caso “Barrios Altos-La Cantuta”.

²⁶ A *contrario sensu*, la prescripción no se suspendió ni con la vacancia presidencial ni con el inicio del antejuicio constitucional, sino después de aquello, con la denuncia penal a los tribunales.

²⁷ Ni el Estado requirente ni el fallo de primera ni el de segunda instancia, hicieron mención alguna a la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Contra la Humanidad y a su posible aplicación como costumbre internacional o, todavía más, como norma *ius cogens*.

²⁸ El comentario requiere de explicaciones previas, por lo que se ofrece más adelante.

²⁹ Durante el mandato de Fujimori se dictó el Decreto-Ley 26.479, ley general de amnistía. Posteriormente se dictó el Decreto-Ley 26.492, ley interpretativa de la ley de amnistía, que estableció que la amnistía no era revisable en sede judicial.

³⁰ Sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C Nº 75, y Sentencia interpretativa de fecha 3 de septiembre de 2001, Serie C Nº 83.

3. Fundamentos para rechazar y acoger la solicitud de extradición por los cargos imputados

Como se ha visto, la mayoría de las alegaciones de la defensa fueron desechadas. No obstante, la sentencia de primera instancia rechazó la extradición, y la de segunda la acogió parcialmente.

La sentencia de primera instancia estimó que en ninguno de los delitos imputados se probó la participación punible de Fujimori. La sentencia de segunda instancia acogió varios de los cargos³¹ y rechazó otros. Los motivos para rechazar que se invocaron son: (1) no se acreditó la participación en el delito³²; (2) no se acreditó cada uno de los elementos del delito invocado³³, y (3) los hechos sólo constituirían inadecuados o equivocados actos de administración que no serían punibles³⁴. En ambas instancias se desestimó el delito de asociación ilícita.

Ello, nos lleva ineludiblemente al estándar o grado de convicción que deben adquirir los jueces para dar curso a la extradición.

El artículo XIII de Tratado Bilateral dispone que la “legitimidad” de la procedencia de la extradición se aprecia de conformidad a las leyes del país de refugio. Por su parte, el artículo 365 N° 1 del Código de Bustamante, exige que se “suministren pruebas o al menos indicios racionales de culpabilidad del reclamado”.

El fallo de primera y el de segunda instancia, siguiendo la doctrina uniforme de la Corte Suprema, coinciden en que el estándar de convicción es el necesario para procesar al imputado, esto es, debe encontrarse justificada la existencia del delito y deben existir presunciones fundadas de participación³⁵. Los fallos también coinciden en que se trata de un estándar de convicción menor al necesario para condenar, siendo el procesamiento una decisión esencialmente transitoria y revocable.

Pese a este acuerdo formal sobre el estándar de convicción, la diferencia de criterio en la aplicación del mismo estándar en un fallo y en otro está a la vista. El primer fallo rechaza todos los cargos y el segundo sólo algunos.

¿A qué se debe esta diferencia? Tal vez la respuesta la encontremos en las alegaciones del Estado peruano ante el Tribunal de alzada, cuando señala que el defecto del primer fallo está en haber considerado separadamente cada uno de los cargos y no a la luz del contexto general en que los hechos tuvieron lugar.

Rebatiendo las declaraciones de Fujimori, quien señaló que no tuvo conocimiento de los hechos que se le imputaron o no los recuerda o no intervino en los mismos, el Estado peruano explicó detalladamente al Tribunal de alzada cómo el ex presidente fue progresivamente concentrando de

³¹ Caso Allanamiento, sólo por el delito de usurpación de funciones; Caso Interceptación Telefónica, sólo por los delitos de interceptación telefónica y fraude al fisco; Caso Medios de Comunicación, sólo por el delito de fraude al fisco (tractores chinos fue rechazado); Caso Quince Millones, sólo por los delitos de falsificación de instrumento público y fraude al fisco; Congresistas Tránsfugas, por delitos reiterados de cohecho (corrupción activa de funcionarios); Caso Sótano SIE, sólo por dos delitos de secuestro de los señores Gorriti y Dyer (respecto de los demás delitos imputados, el fallo no fundamenta los motivos del rechazo); Caso Barrios Altos – La Cantuta, sólo por los delitos de homicidio calificado y lesiones.

³² Caso Sunat-Borobio.

³³ Caso Faisal (Aprodev); Caso Desviación de Fondos; Caso Decretos de Urgencia; Caso Ampliación Sótano SIE.

³⁴ Caso Tractores Chinos (medios de comunicación fue acogido); Caso Medicinas Chinas.

³⁵ Requisitos del auto de procesamiento, artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. En el nuevo sistema procesal penal, el Tribunal concederá la extradición, si estima que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado, según previene el artículo 449 del Código Procesal Penal. No podemos extendernos en esto, pero nótese que aquí se le está pidiendo al Juez que aprecie según el estándar de convicción de un Fiscal del Ministerio Público, quien es el que constitucionalmente deduce acusación.

manera absoluta el poder político, económico y castrense, y después los medios de comunicación. Al poco tiempo de asumir el poder, y con la asesoría de Montesinos, comenzó por interceptar teléfonos de políticos y personalidades de influencia nacional; planeó un “autogolpe”, disolvió el Congreso; intervino el Poder Judicial y el Ministerio Público; dejó inoperativo el Tribunal de Garantías Constitucionales; hizo aprobar una nueva Constitución Política a la medida y después una ley interpretativa mediante la cual se podía reelegir para un tercer período, además de destituir a los miembros del Tribunal Constitucional que objetaron dicha ley; reestructuró los Servicios de Inteligencia quedando bajo su dependencia directa. Todo ello le permitió no sólo hacerse de fondos públicos sin necesidad de rendir cuenta, sino también perseguir a opositores políticos y personas sindicadas como terroristas; junto a Montesinos creó el llamado “Grupo Colina”, encargado de operaciones especiales de “inteligencia”; para encubrirse y encubrir a los partícipes en estos crímenes, dictó una ley de amnistía y otra interpretativa; al perder la mayoría en el Congreso comenzó a sobornar congresistas, y al ser descubierto pagó quince millones de dólares a Montesinos para facilitarle la huida o asegurar el futuro retorno al poder, además de destruir las evidencias que pudieran incriminarlo.

Con todos estos antecedentes, el Estado peruano sostuvo que Fujimori tenía responsabilidad penal en los delitos imputados en calidad de coautor, tanto en los delitos contra los derechos humanos, en base a la llamada Responsabilidad del Superior o Responsabilidad por el Mando, como por los delitos de corrupción, porque todos ellos en definitiva iban en su beneficio directo o en el de su permanencia en el poder, no pudiendo sino haberlos ordenado o cuando menos haberlos conocido y aprobado.

Esta argumentación fue parcialmente recogida por el fallo de segunda instancia en el cargo Barrios Altos-La Cantuta. El fallo³⁶ hace este análisis integrado, expresando que no es posible que Fujimori no tuviera conocimiento de los hechos, ya que después del “autogolpe” concentró “todos los poderes del Estado y el mando superior de las Fuerzas Armadas y Servicios de Inteligencia, propició la creación de un organismo especial dentro de las Fuerzas Armadas para realizar operaciones en contra de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen; estando el requerido en antecedentes de la existencia y finalidad del ‘Grupo Colina’ y de las acciones que se llevaban a cabo por el mismo grupo”³⁷.

El fallo indica que Fujimori actuó como autor mediato, ya que si bien no ejecutó directamente el delito, tuvo el “dominio del hecho”. Siguiendo a Roxin, indicó que junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio a través de un aparato organizado de poder, en el que lo característico es la fungibilidad del ejecutor directo³⁸. El autor mediato conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. El autor mediato será entonces aquel que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Finalmente sostuvo que, a diferencia de los restantes casos de autoría mediata, en estos coexiste la responsabilidad del ejecutor directo con la del autor mediato³⁹.

³⁶ Considerando Nonagésimo Cuarto y siguientes.

³⁷ Considerando Nonagésimo Quinto del fallo de segunda instancia.

³⁸ Si uno de los subordinados o subalternos se revela o se niega a la comisión del hecho, habrá siempre otro que lo reemplace.

³⁹ Recordemos que lo propio de la autoría mediata es que el sujeto utiliza a otro como un mero instrumento, no teniendo el ejecutor directo responsabilidad penal, ya porque fue coaccionado a ejecutar el delito, o bien fue engañado, o bien es un inimputable. Este nuevo tipo de autoría mediata, según Roxin, hace que coexista su responsabilidad con la del ejecutor directo.

Sin lugar a dudas, la Corte Suprema ha dado un salto cualitativo al invocar la teoría de Roxin del autor mediato que opera a través de un aparato organizado de poder. Sin embargo, a mi juicio, con similar argumentación bien pudo considerar a Fujimori directamente un coautor, siguiendo autorizada doctrina y jurisprudencia nacional y comparada⁴⁰.

Volvamos ahora sobre el delito excluido, la asociación ilícita. Roxin señala que uno de los tradicionales aparatos organizados de poder es el propio Estado, “puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho”⁴¹. Entonces, si Fujimori comandaba un aparato organizado de poder y desde su posición de Presidente ordenó cometer delitos, ¿no hay aquí una estructura jerárquica, permanente en el tiempo, dedicada, no exclusivamente pero sí en buena medida, a cometer delitos en términos tales que satisfaga el delito de asociación ilícita chileno?

La Corte no realizó en los delitos de corrupción el mismo análisis integral que hizo en el caso Barrios Altos-La Cantuta. A mi juicio, la comisión de delitos a través de aparatos organizados de poder no es exclusiva de las violaciones a los derechos humanos⁴². Si alguien controla un aparato organizado de poder, no sólo puede violar derechos humanos, también puede enriquecerse ilícitamente y cometer otros delitos para asegurar su permanencia en el poder. Ejemplos de ello tenemos de sobra en América Latina.

4. Conclusiones

Como hemos analizado, los motivos para rechazar la extradición en su totalidad en el primer fallo, y excluir algunos de los cargos en el segundo, guardan relación principalmente con aspectos probatorios.

La falta de exigencia de antecedentes probatorios para dar curso a la extradición, pareciera ser una tendencia que comienza a imponerse. Este fenómeno puede observarse en los recientes tratados de extradición suscritos por Chile con España (1995) y Nicaragua (2001). Lo propio ocurre en la Unión Europea. En estos tratados sólo se exige una descripción de los hechos, pero no la prueba

⁴⁰ Otros autores sostienen que quien actúa por medio de un aparato organizado de poder no es propiamente un autor mediato, sino directamente un coautor. Al respecto, Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Santiago, marzo de 2005, pág. 605 y ss; Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 200. En la doctrina Penal Internacional, Kai Ambos, refiriéndose a la Responsabilidad del Superior o por el Mando, señala que en general la jurisprudencia alemana sigue la tesis de Roxin, pero da cuenta de casos juzgados por tribunales extranjeros e internacionales, en que “el hombre de atrás” ha sido sancionado a título de coautor, como el caso Eichmann (Jerusalem), el caso de Manuel Contreras (Chile) y el caso Tadic (Tribunal Penal para la ex Yugoslavia), donde, por los puestos de relevancia que ocupaban en el vértice de la organización, parecía más adecuado considerarlos autores en vez de autores mediatos. Ver Kai Ambos, *la Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una Elaboración Dogmática*, traducción de Ezequiel Malarino. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2006, página 229 y siguientes, bajo el epígrafe, sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía. Específicamente sobre la Responsabilidad del Superior o por el Mando, ver Kai Ambos, *la Corte Penal Internacional, Rubinzal – Culzoni Editores*, Buenos Aires, año 2007, pág. 117 y siguientes. Como quiera que sea, si Fujimori comandaba un aparato organizado de poder, ya sea que lo consideremos coautor o autor mediato, sigue siendo un autor con responsabilidad penal, que es lo que interesa para efectos de la extradición.

⁴¹ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, año 2000, pág. 277.

⁴² Bien que la doctrina penal, al menos la comparada, desde hace mucho plantea la utilización de aparatos organizados de poder en el Derecho Penal Económico, ofreciendo además diferentes alternativas para casos más complejos, en que no pueda probarse una orden directa, pero sí una omisión dolosa o culposa. En este sentido, Carlos Martínez-Buján Pérez, ob. cit. y Percy García Caverio en *Derecho Penal Económico Parte General*, Editorial Jurídica Gijley, Lima, Perú, año 2007.

de los mismos. Ciertamente, se trata de un voto de confianza adicional y recíproco en los sistemas judiciales de los Estados contratantes.

Y es que, si la finalidad de un tratado de extradición es la colaboración mutua entre los Estados para evitar la impunidad por la fuga del imputado, no parece razonable imponer exigencias probatorias que después los propios Estados se ven en dificultad de cumplir, considerando lo sorpresivo que resulta la noticia de que el prófugo se encuentra en tal o cual país y los siempre breves plazos establecidos para completar la solicitud de extradición. Si el Estado requirente sigue una investigación en contra del extraditable, y según su propia legislación sus jueces han adquirido la convicción necesaria para expedir un mandamiento de prisión o detención, ciertamente resulta engorroso y complejo que el país requerido revise todos y cada uno de los antecedentes, de conformidad a su propio estándar de convicción. Piénsese que en muchos casos, además, deben traducirse a otro idioma numerosos legajos de interminables expedientes, para que puedan ser analizados por un juez que habitualmente poco o nada conoce del sistema judicial del país requirente.

Esta situación, sin duda ha hecho que en muchos casos los Gobiernos busquen vías alternativas para “hacerse” del imputado, como la expulsión administrativa, donde por lo general no existe el más mínimo control jurisdiccional, lo que representa un riesgo muchísimo mayor de arbitrariedades.

Pareciera entonces, que debiéramos avanzar hacia un sistema de extradición menos burocrático y más ágil, pero siempre respetuoso de las garantías del extraditable y que preste la debida atención a sus alegaciones. Garantismo y eficacia, en mi opinión, son compatibles, complementarios e indispensables en un Estado democrático de Derecho.

El histórico fallo en comento, con todas las limitaciones del sistema de extradición vigente, en muchos aspectos es un avance en esa dirección, en cuanto flexibiliza rígidos requisitos formales, interpreta el derecho interno a la luz de los tratados internacionales, incorpora dogmática penal de primer nivel a sus decisiones y se esfuerza en hacer operativo un modelo de extradición ya desfasado para los tiempos actuales. Si bien hemos sido críticos en varios otros aspectos, el objetivo es justamente ése, contribuir al debate, para continuar avanzando en una mejor cooperación entre Estados para eliminar vacíos de impunidad.