

# O CASO FUJIMORI: EXEMPLO DE SUPERAÇÃO DA IMPUNIDADE EM AMÉRICA LATINA

Jorge Barrientos-Parra\*

*“Nadie pone en duda que el terrorismo es un grave problema en los países democráticos y que para combatirlo se deben empeñar todos los esfuerzos disponibles. Pero, el Estado, cuando se autocalifica como democrático, debe unir dicha obligación a la legalidad de los medios utilizados a tal efecto, sujetando su actuación al ordenamiento jurídico, porque el Estado de Derecho se caracteriza por someterse al imperio de la ley”.*

Asencio Mellado

Sumário 1. Introdução. 2. Os Fatos. 3. O Direito. 3.1. O Princípio da Legalidade Penal face aos Crimes Contra a Humanidade. 3.2. A Questão da Responsabilidade Penal de Fujimori como Autor Mediato. 4. Conclusões.

- **Resumo:** O presente estudo aborda a questão da impunidade nos casos de violações aos direitos humanos na América Latina. Nessa tradição de impunidade, surge uma exceção, o emblemático caso Fujimori, no qual ocorreu a condenação por assassinatos e lesões graves, considerados crimes contra a humanidade de acordo com o Direito Internacional Penal. Essa sentença é um exemplo em face dessa tradicional tendência de impunidade. A pesquisa analisa ainda a utilização do Direito Internacional como uma barreira contra a injustiça estatal, tanto no plano substantivo, afirmando normas vinculantes ou imperativos com caráter universal, como também no plano processual, colocando à disposição das vítimas mecanismos de proteção supranacional.
- **Palavras-chave:** impunidade; América Latina; Direito Internacional, Fujimori
- **Abstract:** The present study focuses the impunity for human rights violations in Latin America. In this tradition of impunity, there is one exception, the emblematic case Fujimori, in which the conviction was for murder and serious injury, crimes against humanity according to the International Criminal Law. This sentence is an example in the context of this traditional trend of impunity. The research also analyzes the use of international law as a barrier state against injustice, both in substantive, imposing binding or mandatory standards with a universal character, but also in procedural terms, by providing supranational mechanisms to protect victims.
- **Keywords:** impunity; Latin America; International Law; Fujimori

## 1. Introdução

Raros são os casos de altos funcionários de governos latinoamericanos julgados e condenados por violações aos direitos humanos, de sorte que o caso Fujimori

---

\* Mestre em Direito pela USP. Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain. Do corpo de professores do Programa de Mestrado em Direito da UNESP, Campus de Franca.

que aqui analisamos, ainda que parcialmente e em caráter preliminar, é um caso excepcional numa história de impunidade.

Fujimori foi condenado pela *Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia* do Perú a 25 anos de pena privativa de liberdade como autor mediato de assassinatos e lesões graves que constituíram crimes contra a humanidade de acordo com o Direito Internacional Penal. Essa pena foi confirmada em grau de recurso pela *Primera Sala Penal Transitoria da Corte Suprema de Justicia de la República*<sup>1</sup>.

Ambas as sentenças constituem quase mil páginas das quais selecionamos algumas questões de fato e de direito que nos permitem entender o caso emblemático hoje na América Latina da condenação de um regime corrupto e agente de crimes contra a humanidade. Vejamos.

## 2. Os Fatos

Alberto Kenya Fujimori Fujimori exerceu a presidência da República do Perú entre o 28 de julho de 1990 e o 21 de novembro de 2000<sup>2</sup>. Ante a negativa do Congresso de conceder-lhe amplos poderes para legislar sem fiscalização na área econômica e em matéria anti-subversiva e alegando falta de cooperação dos partidos APRA e FREDEMO, em 5 de abril de 1992, com o apoio das Forças Armadas e dos serviços de inteligência quebrou violentamente a institucionalidade que jurou respeitar dissolvendo o Congresso da República e suspendendo as atividades do Poder Judiciário. Este ato denominado popularmente *autogolpe* deu lugar a um Estado delinqüente liderado por Alberto Fujimori e pelo seu assessor Vladimiro Montesinos, caracterizado pelo nepotismo, a corrupção e a violação sistemática dos direitos humanos<sup>3</sup>.

Em setembro de 2000, pouco depois de iniciado o seu terceiro mandato, vieram à luz evidências dos atos de corrupção praticados durante o seu governo<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> .- Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. n° 19-2001-09- A.V. de 30 de Diciembre de 2009, p. 254.

<sup>2</sup> Esse período corresponde a três eleições sucessivas. Devido à reforma constitucional de 1993 concorreu à reeleição em 1995 vencendo com 64% dos votos a Javier Pérez de Cuéllar. Em 2000 utilizando-se de subterfúgios legais concorreu a um terceiro período presidencial. No primeiro turno obteve a primeira maioria derrotando a Alejandro Toledo quem se negou a participar do segundo turno. Toledo chamou a população a votar em branco, porém essa opção alcançou somente 17% dos sufrágios. Fujimori assumiu o seu terceiro mandato em meio a protestos de rua.

<sup>3</sup> “[E]l 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993. Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional”. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Exp. n° A. V.19-2001, p. 644.

<sup>4</sup> Em 14 de setembro foi divulgado um vídeo (dos muitos que Vladimiro Montesinos mandara gravar) em que este leal assessor de Fujimori aparecia submando membros de outros partidos para que apoiassem o governo fujimorista.

Eclodiu assim uma grave crise que o alijou do poder. Primeiro (em 17 de setembro), Fujimori se viu obrigado a convocar novas eleições gerais (tanto para escolher um novo presidente como um novo congresso da República) admitindo assim a fraude eleitoral generalizada. Em segundo lugar, em 13 de novembro fugiu do Perú com a desculpa de que participaria da reunião anual da APEC em Brunei, seguindo depois para o Japão, país do qual também é nacional. De Tóquio enviou fax ao Congresso da República renunciando à Presidência. Ante o insólito do fato e aos diversos escândalos de corrupção que surgiram, o Congresso peruano rejeitou a renúncia e o destituiu por “*incapacidade moral permanente*”<sup>5</sup>.

Posteriormente várias ações penais foram promovidas contra ele. Entretanto graças a sua dupla nacionalidade<sup>6</sup> conseguiu furtar-se de todas essas acusações. Até que em 7 de novembro de 2005 viajou ao Chile onde foi detido pelas autoridades do país transandino. O Perú solicitou a sua extradição a que foi acolhida pela Corte Suprema de Chile em 21 de setembro de 2007. Entregue às autoridades peruanas lhe foi promovida ação penal com todas as garantias do devido processo legal, no qual Fujimori foi condenado pela Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça peruana a 25 anos de prisão pelas chacinas de “Barrios Altos” e “La Cantuta” e pelos seqüestros de Gustavo Gorriti Ellenbogen e Samuel Dyer Ampudia, em 7 de abril de 2009.

Em relação à chacina de Barrios Altos os fatos foram os seguintes: aproximadamente às 22:30 hs do 3 de novembro de 1991, seis indivíduos fortemente armados adentraram no imóvel sito à rua Jirón Huanta n° 840 em Barrios Altos na cidade de Lima - Perú. No momento da irrupção celebrava-se uma festa para angariar fundos para fazer melhoramentos no imóvel. Os criminosos chegaram ao local em dois veículos, um de marca jeep Cherokee e outro Mitsubishi que portavam sirenes e luzes policiais. Os indivíduos obrigaram às vítimas a estender-se no chão disparando indiscriminadamente sobre elas por um período aproximado de dois minutos, matando 15 pessoas<sup>7</sup> e ferindo gravemente outras quatro, uma das quais ficou permanentemente incapacitada. Depois disso, com a mesma rapidez que chegaram os criminosos fugiram nos citados veículos com as sirenes ligadas. Os

<sup>5</sup> “De conformidad con el artículo 100° de la Constitución Política, y considerando la gravedad de los hechos denunciados contra el ex Presidente de la República, don Alberto Fujimori Fujimori y las evidentes infracciones constitucionales en que ha incurrido, se hace imperativo ejercer las atribuciones del Congreso de la República establecidas en el artículo 100° de la Carta Magna del Estado, para imponer sanción ejemplar, ha resuelto: inhabilitar a don Alberto Fujimori Fujimori, ex presidente de la República, para el ejercicio de toda función pública por diez años.” Lima, 23 de febrero de 2001. Resolución Legislativa del Congreso de la República del Perú.

<sup>6</sup> Como é sabido a legislação japonesa proíbe a extradição de seus cidadãos.

<sup>7</sup> Na ocasião foram assassinadas as seguintes pessoas: Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luiz Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antônio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez e Benedicta Yanque Churo. Ficaram com graves lesões: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega e Alfonso Rodas Alvítez

sobreviventes declararam que as detonações eram “secas” o que permite inferir de que se usaram silenciadores. No local do crime a polícia encontrou projéteis correspondentes a pistolas metralhadoras.

Investigações judiciais e jornalísticas revelaram que os envolvidos trabalhavam para a inteligência militar e de que eram membros do exército peruano constituindo um esquadrão da morte denominado *Grupo Colina* que levava a cabo seu próprio programa anti-subversivo. Diversas informações assinalaram que os fatos em análise realizaram-se contra presumíveis integrantes do Sendero Luminoso (PCP-SL).

Quanto aos fatos de “La Cantuta” resumidamente foram os seguintes: na madrugada do 18 de Julho de 1992 membros do Destacamento Colina – posteriormente se soube que este grupo era dirigido pelo assessor presidencial Vladimiro Montesinos com conhecimento e aprovação do Comandante Geral do Exército e da Presidência da República - constituído por membros do Serviço de Inteligência do Exército (SIE) e da Direção de Inteligência do Exército (DINTE) ingressaram ao campus da Universidade Nacional de Educação - La Cantuta e após violentarem as portas das residências dos estudantes se levaram à força os seguintes estudantes: Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teororo Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana. No setor de residências dos docentes violentaram a porta de serviço da casa do professor Hugo Muñoz Sánchez ao qual amordaçaram e cobrindo-lhe a cabeça com um pano negro também o levaram à força. Todos eles foram barbaramente assassinados. Os cadáveres das vítimas foram enterrados clandestinamente e encobertos com cal em três fossas no Cerro Santa Rosa. Posteriormente os autores materiais do crime para encobrir o hediondo ato procederam a desenterrar os corpos, a incinerá-los e a trasladá-los a novas fossas clandestinas, localizadas em Chavilca, Cieneguilla<sup>8</sup>.

### 3. O Direito

O *Congreso de la República del Perú* encaminhou ao Ministério Público desse País sul-americano, duas resoluções acusatórias contra Alberto Fujimori para a formalização das devidas acusações penais. Na primeira ação datada de 13/09/2001 o Ministério Público o acusou dos homicídios qualificados das chacinas dos casos Barrios Altos e La Cantuta, além de lesões graves contra quatro participantes da festa de Barrios Altos e a desapareição forçada das dez vítimas do caso La Cantuta tendo como fundamentos legais os artigos 108, 121 e 320 do Código Penal peruano. Na segunda ação o *parquet* denunciou o ex-presidente Fujimori pelo homicídio qualificado das pessoas indicadas “*en los cuadernos del SIE*”, por lesões graves

<sup>8</sup> - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs Perú, Sentença do 29 de novembro de 2006, parágrafos 80.9 a 80.16. Ver também o informe “Perú” de Dino Carlos Caro Coria *in* Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2008, p. 277-278.

causadas a Leonor La Rosa e Susana Higuchi Miyagawa, pelos seqüestros de Samuel Dyer Ampudia, Gustavo Gorriti Ellenbogen, Hans Ibarra Portilla, Leonor La Rosa e Susana Higuchi Miyagawa e desapareição forçada das pessoas indicadas “*en los cuadernos del SIE*”. Como fundamento legal da denuncia se invocaram os artigos 108, 121, 152 e 320 do Código Penal peruano.

A primeira denuncia foi recebida pela *Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú*<sup>9</sup> que assumindo integralmente os termos da denúncia da Procuradora-Geral da República peruana (*Fiscal de la Nación*) expediu mandado de prisão contra o acusado pelos delitos acima referidos. A segunda denúncia também foi recebida pela *Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú*<sup>10</sup> que assumiu totalmente os termos da denuncia formulada pela senhora *Fiscal de la Nación* peruana. Em razão disso abriu instrução na via ordinária e expediu ordem de prisão contra Fujimori pelos delitos acima mencionados.

Tendo fugido para o Japão o processo correu a revelia do acusado. Posteriormente, em virtude da extradição concedida mediante sentença da Segunda Sala da Corte Suprema do Chile, limitou-se a extensão do juízo a ser seguido no Perú aos seguintes delitos:

a) Seqüestro contra Gustavo Gorriti e Samuel Dyer Ampudia: art. 152 do Código Penal;

b) Homicídio qualificado e lesões nos casos Barrios Altos e La Cantuta: artigos 108 e 121 do Código Penal.

Fujimori foi entregue pela Interpol-Chile às autoridades peruanas em 22/09/2007. Em 01/10/2007 a *Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* reuniu os dois processos e os encaminhou ao Ministério Público para que se pronunciasse de acordo aos novos parâmetros fixados pela sentença extraditória da Corte Suprema chilena o que fez em 29/10/2007.

O MP reiterou a tipificação dos fatos que se lhe reprocham: homicídio, lesões graves e seqüestro agravado justificando e explicando as circunstancias agravantes de aleivosia e trato cruel. Destacou que os delitos foram cometidos por Fujimori que liderou um aparato de poder organizado por ser ele Chefe de Estado, utilizando-se do poder estatal, das Forças Armadas e do Serviço de Inteligência Nacional (SIN), realizando, ao mesmo tempo, atos que lhe garantissem a impunidade. Afirmou a responsabilidade penal do acusado a título de autor mediato pelo domínio exercido sobre um aparato organizado de poder, sublinhando que a organização (assentada no SIN) que encabeçou caracterizava-se pela sua rígida estrutura hierárquica e para exercer o domínio sobre ela contava com Vladimiro Montesinos Torres que coordenava todas as entidades de inteligência das Forças Armadas e da Polícia Nacional e com Nicolás Hermoza Ríos a quem nomeou para a Comandância Geral do Exército. Em virtude de tudo isso e dos demais antecedentes constantes do processo requereu trinta anos de pena privativa de liberdade para o acusado.

<sup>9</sup> - Número de registro AV – 19 – 2001.

<sup>10</sup> - Número de registro AV – 45 – 2003.

No curso do processo foi provado que Alberto Fujimori foi o autor mediato dos 25 homicídios qualificados com aleivosia nos casos Barrios Altos e La Cantuta, além das lesões graves contra Natividad Chicaña, Felipe León, Tomás Livias e Alfonso Rodas. Esses delitos de acordo com o Tribunal “*constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal*”<sup>11</sup>. Da mesma forma o Tribunal decidiu que Fujimori também era autor mediato do seqüestro sob a circunstância agravante de trato cruel contra Gustavo Gorriti Ellenbogen e Samuel Dyer Ampudia.

Em virtude disso em 7 de abril de 2009 a *Sala Especial Penal da Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, presidida pelo juiz César San Martín, o condenou a vinte e cinco anos de pena privativa de liberdade.

Fujimori apelou dessa sentença perante a *Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia* pretendendo a nulidade do feito. Os juízes desse alto tribunal ratificaram em todos os seus termos a sentença da Sala Especial. A defesa do sentenciado aduziu a “violação do princípio da legalidade penal”, porque o Tribunal qualificou os homicídios aleivosos e de delitos contra a humanidade a partir de decisões da Corte Interamericana e do Tribunal Constitucional Peruano, que ao seu juízo não seriam vinculantes e de que tal conceituação não aparecia nas alegações das partes.

### **3.1. O Princípio da Legalidade Penal face aos Crimes Contra a Humanidade**

Quanto a essa argumentação da defesa o Tribunal diferenciou dois momentos históricos em relação aos direitos humanos. Primeiro identificou uma etapa de elaboração doutrinária, de reflexão filosófica na qual se procurou dar-lhes justificação e legitimidade tendo o Direito Natural como fundamento último de toda a ordem jurídica e política. Em segundo lugar se referiu a uma etapa de positivação que de fato começou em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, muito embora a sociedade internacional tenha tentado anteriormente, sempre parcialmente, elaborar as regras pelas quais devia reger-se.

O que está fora de dúvida para o Alto Tribunal peruano é a natureza pré-política dos Direitos Humanos, isto é: “...*los derechos humanos no solo existen antes de la dación de cualquier norma jurídica sino que, sobre todo, los seres humanos los tienen antes de que ellos se organicen políticamente. Dicho de otra manera, los derechos humanos preexisten al Estado y, evidentemente, a sus normas jurídicas, por lo tanto, las normas jurídicas no pueden crear derechos sino solamente reconocerlos, pues el ser humano en tanto tal ya los tiene innatamente*”.<sup>12</sup>

Este princípio com forte arraigo nos ensinamentos cristãos foi revigorado após a prostração material e moral em que a humanidade caiu na segunda guerra mundial durante a qual milhões de pessoas (homens, mulheres e crianças) foram hediondamente massacrados pelos Estados (nazi-fascistas) do eixo. De sorte que

<sup>11</sup> - Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Parte IV – Decisión, p. 706.

<sup>12</sup> - Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. n° 19-2001- 09 - A.V., p. 106.

podemos dizer com Battaglia (1955, p. 184) que quanto aos Direitos Fundamentais, o Homem não deve nada ao Estado: *“L’individuo ha dei diritti che non deve allo Stato, ma che gli ineriscono, espressione della sua stessa natura in quanto uscita dalle mani di Dio; diritti che lo Stato deve rispettare”*. No mesmo sentido Maritain (1982, p. 81-82) ao afirmar que *“la persona humana trasciende el Estado por tener un destino superior al tiempo”*, dessa forma o Estado *“no tiene autoridad para obligarme a reformar el juicio de mi conciencia, como tampoco tiene el poder de imponer a los espíritus su criterio sobre el bien y el mal (...). Por eso, cada vez que sale de sus límites naturales para penetrar... en el santuario de la conciencia, se esfuerza en violar a ésta por medios monstruosos de envenenamiento psicológico, de mentira organizada y de terror”*.

Este princípio tem amplo alcance prático para afastar a impunidade que com base na idolatria normativa deixaria sem julgamento e punição os criminosos que se valem justamente do Estado para perpetrar seus delitos convalidando-os na lei positiva. Assim para garantir os Direitos e Garantia Individuais o Estado Democrático deve afastar a doutrina positivista muitas vezes concretizada em anistias, leis de obediência devida, prescrição, etc. Como de fato fez a CIDH no caso Barrios Altos: *“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”*<sup>13</sup>

Partindo desse fundamento doutrinário a Sala Penal Especial da Corte Suprema peruana assumiu a retroatividade das normas que protegem os Direitos Humanos, não sendo para tanto necessário uma elaboração legislativa (positivação) prévia para a proteção desses direitos e punição na hipótese de terem sido violados. Assim sendo no caso Fujimori o Estado Peruano encontra-se obrigado de acordo com as regras do Direito Internacional Público a respeitar e proteger os Direitos Humanos.

*“(...) Dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun de l’humanité. (...) L’État dans le monde n’est qu’un moyen en vue d’une fin, la perfection de l’humanité (...). La protection des droits de l’homme est le devoir de tout État envers la communauté internationale. (...)”*<sup>14</sup>.

Resta saber então se os fatos incriminados a Fujimori se encaixam na qualificação de crimes de lesa humanidade. Respeito a esse assunto e mantendo *“in totum”* a sentença impugnada o tribunal se manifestou no sentido de que para identificar e qualificar os fatos como crimes contra a humanidade se deve seguir a

<sup>13</sup> - Parágrafo 41.

<sup>14</sup> - Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Barrios Altos versus Perú do 14 de março de 2001 (Mérito). Voto Concordante do Juiz A. A. Cançado Trindade, § 18.

norma internacional consuetudinária que exige que os atentados sejam produzidos no curso de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil ou uma parte dela, de que o autor deve obrigatoriamente pertencer a um órgão de poder estatal ou de uma organização coletiva que assume de fato o controle de um território. Deve considerar-se ainda a natureza da infração (atos organizados e sistematizados, aspecto quantitativo - pluralidade de vítimas) o momento de comissão do crime (situação de conflito) e finalmente a situação das vítimas (estado de indefesa). Nessas circunstâncias justifica-se a *persecutio criminis* internacional e as conseqüências jurídicas previstas no Direito Penal Internacional, a saber a imprescritibilidade e a necessidade imperativa da sua punição.

*“Lo antes expuesto, permite afirmar que los hechos delictivos, en especial los actos de asesinato y lesiones graves, se adecuan plenamente a los presupuestos que configuran el delito de lesa humanidad. Dichos actos, además que trascienden el ámbito de ejecución individual, se han configurado en el marco de una política estatal de eliminación sistemática de presuntos integrantes de organizaciones terroristas, cumpliéndose de esta forma con el núcleo rector que prohíbe los delitos contra la humanidad, esto es, el haber afectado un número masivo de personas (delito masa) que se encontraban en situación de indefensión.”<sup>15</sup>*

### **3.2. A Questão da Responsabilidade Penal de Fujimori como Autor Mediato**

A defesa de Fujimori argumentou de que não haveria provas suficientes de que este dirigiu o denominado Destacamento Colina e de que ordenou as mortes produzidas nos casos Barrios Altos e La Cantuta<sup>16</sup>.

O tribunal de apelação da sentença parte da premissa de que em casos semelhantes categorizados como *crimes de Estado* não se pode pretender de que existam provas documentais diretas dos órgãos governamentais que informem do seu planejamento e execução, porque obviamente isso resultaria incriminador e contraproducente tendo em vista a impunidade almejada pelos agentes do Estado envolvidos.

De acordo com Asencio Mellado (2009. p. 17) *“...los delitos cometidos por estos sujetos no suelen dejar rastros o los que dejan están siempre ocultos bajo operaciones encubiertas y actividades con apariencia licita. La exigencia de responsabilidades a quienes ocupan una posición preponderante en el Estado, no es posible de acreditar, la mayoría de las veces, por medio de pruebas directas, ya que no pasan de ser meros ejecutores por inducción, siendo los autores materiales otros a sus órdenes o simples testaferros, con responsabilidad evidente, pero cuya defensa pasa por la del que está en la cúspide de la organización delictiva”*.

Certamente Fujimori não dirigiu diretamente o Destacamento Colina nem esteve no local dos fatos ordenando as mortes ocorridas. Por outro lado provas

<sup>15</sup> - Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. n° 19-2001- 09 - A.V., p. 109-110.

<sup>16</sup> - Ibidem, p. 136.



documentais da sua autoria provavelmente nunca serão encontradas. Entretanto sua incriminação de acordo com a sentença do Tribunal Supremo decorre da autoria mediata<sup>17</sup> por organização, em especial a autoria mediata por domínio da vontade em aparatos de poder organizados (Cf. ROXIN, 2000, p. 269 e sgtes.).

Esta teoria tem tido acolhida na jurisprudência argentina<sup>18</sup> e chilena<sup>19</sup>, no Código Penal russo de 1996 (punibilidade separada do organizador, art. 33, § 3º); no Código Penal polonês de 1997 (autoria pela condução ou estimulação do fato, art. 18, §1º); no Código Penal espanhol (realização do fato por meio de outrem do qual se servem como instrumento, art. 28); no Código Penal português (executar o fato por intermédio de outrem, art. 26); no novo Código Penal Croata de 1998, (art. 35, § 1º). Cite-se ainda o art. 211-1 do Código Penal francês que sanciona tanto a comissão como o “fazer cometer” (*faire commettre*) um genocídio. No *Common Law* podemos citar o *Draft Criminal Code Bill* inglês (§ 26, 1, c); o *Modal Penal Code* (§ 2.06, 2, a) do *American Law Institute* (1985, p. 295); o *Draft Bill* canadense (§ 4, 2); e o *Criminal Code Act* 1995 da Austrália (§ 11.3).

No Perú a utilidade prática da doutrina da autoria mediata por domínio da vontade em aparatos de poder organizados, se demonstrou pela primeira vez na jurisprudência no Caso Sendero Luminoso<sup>20</sup> na qual se deixou estabelecido que o domínio sobre a organização consiste no aproveitamento da predisposição do executor para realizar a ordem. Nesse mesmo caso a Corte Suprema atribuiu

---

<sup>17</sup> - Em 5 de fevereiro de 1963 o jurista Claus Roxin em uma conferência em Hamburgo, como contribuição ao Direito Penal alemão e ao Direito Penal Internacional, deu a conhecer uma nova forma de autoria mediata que tinha como fundamento o critério do domínio da vontade em aparatos organizados de poder, permitindo atribuir responsabilidade penal a título de autor a quem sem executar os atos criminosos de forma direta (e sem querer sujar-se as mãos deixa que outros façam o trabalho) limita-se a dar as ordens. Nesse sentido, autor mediato não é somente o chefe máximo de uma organização criminosa, mas todo aquele que no âmbito da hierarquia transmite a instrução delitiva com poder de mando autônomo. Neste âmbito o fator decisivo para fundar o domínio da vontade é a fungibilidade do executor quem atua como uma simples engrenagem (substituível a qualquer momento) na máquina de poder. Sobre este assunto a bibliografia é vasta, ver entre outros: ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2000.

<sup>18</sup> Ver o “*Juicio a las Juntas*”, Sentença da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*, Capital Federal 9 de Diciembre de 1985. A referida sentença estabeleceu no capítulo do Direito Aplicável que o art. 514 do Código de Justicia Militar argentino consagra legislativamente um tipo de autoria mediata. Disponível em: < <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/059.html> >. Acesso em: 24 set. 2010. Ver também a sentença da Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14/06/2005 que declarou inconstitucionais a “Ley de Obediencia Debida y Punto Final”, conhecida como Fallo Simon, p. 101-102. Disponível em: < <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/FalloSIMON.html> >. Acesso em 27 set. 2010. Ver também o Fallo 309:5 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* que confirmou a sentença prolatada pela *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* no “*Juicio a las Juntas*”, p. 1689.

<sup>19</sup> Caso Letelier, Juez de Instrucción Bañados, 12/11/1993 (Fallos del Mes, Año XXXV, Noviembre 1993, edición suplementaria, CSJ, 30/05 y06/06/1995. Apud, Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, p. 508.

<sup>20</sup> Sentença da Sala Penal Nacional de 13 de outubro de 2006, expediente 560-03, p. 74 e sgtes.

responsabilidade penal ao líder do Sendero Luminoso em qualidade de autor mediato, argumentando que como membro do Comitê Central havia dado a ordem de matar aos *comuneros* de Lucanamarca, indicando que *“los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos”*<sup>21</sup>.

No Caso Fujimori a Sala Penal Especial da Corte Suprema peruana também adotou a tese de Roxin da autoria mediata pelo domínio da vontade num aparato organizado de poder. De acordo com o autor germano existem três formas de autoria mediata: primeiro, pelo domínio do erro do executor; segundo, pelo domínio da coação sobre a vontade do executor e terceiro, pelo domínio da vontade em aparatos organizados de poder. Não temos espaço aqui para fazer uma análise de cada uma dessas três modalidades. Apresentaremos ainda que sucintamente cada um dos pressupostos determinantes do domínio sobre a organização, a saber: a) o poder de mando que tem o homem detrás sobre a organização, b) o afastamento do direito ou constante antijuridicidade da organização c) a fungibilidade e d) a predisposição à comissão do ato ilícito. Vejamos.

### **3.2.a Poder de Mando**

Para poder sancionar em autoria mediata ao homem detrás isto é, ao dirigente, ao chefe, ao comandante, ao *boss*, é fundamental que este detenha um poder de mando que *“no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino solo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa”* (ROXIN, 2000, p. 272). Nessas circunstancias não é necessário que se recorra a meios coativos ou enganosos porque o poder de mando das chefias, faz que a ordem dada seja cumprida *“in continenti”* pelos subordinados. Segue-se daí que o poder de mando que se tem sobre e dentro da organização, constitui o ponto neurálgico para afirmar a existência do domínio sobre a organização<sup>22</sup>.

### **3.2.b O Afastamento do Direito**

De acordo com Roxin (2007, p. 528) um pressuposto fundamental para o cumprimento da ordem necessita que a estrutura organizacional de corte hierárquico vertical e funcional na sua unidade se encontre fora do ordenamento jurídico, em outras palavras que a organização se encontre fora das margens do direito antes e depois de cometido um crime determinado. Dito de outra forma, que seja uma organização em constante antijuridicidade agindo fora do ordenamento jurídico nacional e internacional (ROXIN, 1985, p. 408).

### **3.2.c A Fungibilidade**

Consiste na capacidade de substituição que tem os chefes superiores sobre as pessoas interpostas que executam o último ato parcial para a concretização do delito (ROXIN, 2007, p. 17). De sorte que o executor imediato responderá como autor

<sup>21</sup> Ejecutoria R. N., número 5385-2006-Lima, p. 38.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria, R. N. n° 19-01-2009 - A.V. Lima, p. 47-48.

direto dos fatos, já as altas patentes ou chefias superiores responderão como autores mediatos, uma vez que detêm o domínio dos fatos através do aparato de poder.

No caso *Generales Bussi-Menendez* se afirmou que o que caracteriza a fungibilidade “*es que el autor no opera como una persona individual sino como una pieza dentro de un engranaje mecánico. De tal manera, el hombre de atrás no necesita recurrir ni a la coacción ni al engaño (ambas hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que sabe que, si alguno de los ejecutores se niega a realizar la tarea, siempre aparecerá otro en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total, por lo que el “conductor” con solo controlar los resortes del aparato logrará su cometido sin que se vea perjudicada en su conjunto la ejecución del plan*”<sup>23</sup>.

### **3.2.d Predisposição ao Cometimento do Ato Ilícito**

O fundamento da predisposição ao cometimento do ato ilícito se encontra no domínio que exerce o homem detrás sobre o executor por meio do aproveitamento da sua disposição ao ato. Assim o domínio que exerce o dirigente, chefe ou líder (homem detrás) se fundamenta no domínio sobre a organização mais do que na situação psicológica ou mental do subordinado.

O autor de um delito numa organização criminosa está numa situação totalmente diferente daquele autor que comete qualquer crime em particular. Logicamente que o executor identificado com o ideário e com a projeção social da organização criminal encontra-se muito mais disposto a praticar um ilícito que quaisquer delinqüente comum. Segue-se daí que a probabilidade de sucesso de uma ordem dada pelos chefes será maior, conseqüentemente esta predisposição contribuirá ao domínio do ato que exercem os líderes (ROXIN, 2007, p. 20).

No caso em tela o *Tribunal de Revisión de la Corte Suprema peruana* entendeu que a sentença recorrida “*a través de distintas clases de indicios plurales (anteriores, concomitantes y posteriores a los eventos delictivos relacionados a los casos Barrios Altos y La Cantuta) realizó inferencias correctas de forma racional y lógica que determinaron el hecho consecuencia que se cuestiona: esto es, la responsabilidad penal del encausado Alberto Fujimori como la persona que aprobó, ordeno, y encubrió dichas operaciones de inteligencia especiales a partir de su dominio del aparato de poder organizado que instituyó desde el SIN (autor mediato)*”<sup>24</sup>.

Da mesma forma a Sentença da Sala Penal Especial (recorrida) muito embora não vincule diretamente a Fujimori com os fatos referidos (Barrios Altos e La Cantuta) estabelece que o ex-presidente peruano detinha o poder efetivo sobre o conjunto do Estado, que estabeleceu desde o SIN uma estrutura organizada de poder, que tinha estreitos vínculos com Montesinos Torres a quem nomeou chefe do SIN e que este comandava as ações criminais do Destacamento Especial de Inteligencia Colina cujas atividades tinham “*una naturaleza definidamente delictiva, al margen de la*

<sup>23</sup> *Sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal Tucumán de 04/09/2008, por “Crímenes contra la humanidad”*. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/tucuman.html>>. Acesso em: 28 set. 2010.

<sup>24</sup> *Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria*. R. N. N.º 19-01-2009 A.V. Lima, p. 136.

*legalidad em lo referente al control y combate al terrorismo”<sup>25</sup>. Além disso, essa estrutura de poder que se materializou na repressão contra o terrorismo do PCP-SL<sup>26</sup> e do MRTA<sup>27</sup>, teve lugar num contexto de “conducción autoritaria de los asuntos públicos, lo que reforzaba – por la propia centralización del poder – la capacidad inmediata para detectar organizaciones delictivas dentro del aparato del Estadocercano al poder gubernamental. La lógica criminal que conllevó y la intervención en los hechos del acusado a partir del dominio de la organización generada por su altísima posición en el Estado y las acciones que emprendió con esa finalidad, no hacen sino revelar un modo concreto de organización delictiva y de actuación de sus diversos componentes. [Estamos]... ante la configuración consciente de un aparato organizado de poder al interior del Estado por funcionarios públicos, a partir del cual se desarrollaron planes criminales, de carácter selectivo, utilizando los organismos de inteligencia”<sup>28</sup>.*

#### **4. Conclusões**

Neste caso chama a atenção a ferocidade da violência do Estado cometida com alevisia sobre os próprios cidadãos que por definição deveria proteger. Em segundo lugar salta aos olhos o imenso lapso temporal que levaram as vítimas e/ou seus familiares para obter justiça. Foi estabelecido que o *Destacamento Especial de Inteligencia Colina* foi consolidado em agosto de 1991 e desde então cometeram execuções arbitrárias (extrajudiciais), procederam ao desaparecimento forçado de pessoas, assassinatos e numerosos outros crimes<sup>29</sup>. Ora Fujimori como autor mediato desses crimes somente foi condenado em 2009, isto é, dezoito anos depois.

Em função disso esta sentença é exemplar porque assinala uma reversão da tendência à impunidade já tradicional na América Latina. Além disso, através deste caso constatamos a solidez teórica da tendência de superação do positivismo na busca de fundamentos para a punição de crimes cometidos diretamente pelo Estado ou por indivíduos com a conivência deste.

Por outro lado verificamos a utilização do Direito Internacional como uma barreira contra a injustiça estatal em dois planos, um substantivo afirmando normas vinculantes ou imperativas (*jus cogens*) com caráter universal, e outro processual colocando a disposição das vítimas mecanismos de proteção supranacional (jurisdição universal).

A Corte Suprema peruana assumiu a retroatividade das normas que protegem os Direitos Humanos afastando a impunidade que com base na idolatria normativa deixaria sem julgamento e punição a Fujimori e a outros dignitários do Estado peruano

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Exp. n° A. V. 19-2001, p. 490.

<sup>26</sup> Partido Comunista Peruano – Sendero Luminoso.

<sup>27</sup> Movimiento Revolucionario Tupac Amaru.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia del 07 de abril de 2009, p. 581.

<sup>29</sup> Ver o Capítulo XIII da sentença de 7 de abril de 2009 da Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justicia de la República, §1 “Detalle de los crímenes y operaciones de inteligencia militar”, p. 483-490.

que se utilizaram de seus altos postos para perpetrar crimes convalidando-os na lei positiva através de duas leis de anistia.

No caso Fujimori foi estabelecido que para identificar e qualificar os crimes contra a humanidade se deve seguir a norma internacional consuetudinária. Por último, nesse mesmo caso a Corte Suprema para vincular Fujimori aos fatos se valeu da teoria de Roxin da autoria mediata por organização, em especial a autoria mediata por domínio da vontade em aparatos de poder organizados, de larga aplicação na jurisprudência de vários países que sofreram com a experiência histórica de crimes de lesa humanidade cometidos pelo próprio Estado e/ou pelos seus agentes contra a população civil.

Finalizemos com o pensamento do jurista espanhol Asencio Mellado (2009, p. 17): *“Nadie pone en duda que el terrorismo es un grave problema en los países democráticos y que para combatirlo se deben empeñar todos los esfuerzos disponibles. Pero, el Estado, cuando se autocalifica como democrático, debe unir dicha obligación a la legalidad de los medios utilizados a tal efecto, sujetando su actuación al ordenamiento jurídico, porque el Estado de Derecho se caracteriza por someterse al imperio de la ley. Cuando se acude a otros medios, opuestos a los que la legalidad vigente autoriza, el Estado pierde su dignidad, esto es, pierde su cualidad esencial que lo singulariza y diferencia de otras organizaciones, renuncia a ella y pasa a practicar outro tipo de terrorismo, más grave que el que combate: el terrorismo de Estado que, por tal, lo convierte en terrorista y merece la más dura de las repulsas y ninguna comprensión, cualquiera sea la entidad de los ataques que ciertos sujetos o grupos ejerzan”*.

## Referencias

ASENCIO MELLADO, J. M. El Estado Terrorista. Análisis probatorio de la sentencia de Alberto Fujimori Fujimori. Revista Diálogo con la Jurisprudencia, n° 128, 2009.

AHUMADA, E. et al., Chile, la memoria prohibida: las violaciones a los derechos humanos, 1973-1983. Santiago: Pehuén, 1989.

AMBOS, K. Estudios de Derecho Penal Internacional. Lima: Editorial Idemsa, 2007.

— (coord.) La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

— Responsabilidad Penal Individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial – De Nuremberg a La Haya. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, volume 21, Octubre de 2003, p. 7-26.

— La parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer - Oficina Uruguay. 2005.

— Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Montevideo: K. Ambos, E. Malarino e G. Elsner Editores/Fundación Konrad Adenauer – Oficina Uruguay. 2008.

BARRIENTOS-PARRA, J. O caso Pinochet e a Universalização da luta pelos Direitos Humanos. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, v. 763, p. 465-474.

BATTAGLIA, F. Nuovi scritti di teoria dello Stato. Milano: Giuffrè Editore, 1955.

CANÇADO TRINDADE, A. A. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, Vol II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COMPARATO, F. K. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Saraiva: São Paulo, 2008.

DINGES, J. Operación Cóndor – Una década de terrorismo internacional en el Cono Sur. Santiago: Ediciones B Chile, 2004.

GARCIA NETTO, I. Los principios generales del derecho, las fuentes romanas y su recepción en la jurisprudencia argentina. Trabalho apresentado no IV Seminário Internacional de Direitos Humanos e Humanidade no Direito. FCL- UNESP- Campus de Araraquara, 2007.

GRAVEN, J. Les Crimes contre l'Humanité. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, T. 76, 1950 I.

ISRAEL, J. J. Direito das Liberdades Fundamentais. Barueri-SP: Manole, 2005.

JONES, J. R. The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. Ardsley (NY): Transnational Publs., 2000.

JUROVIC, Y. Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité. Paris : LGDJ, 2002.

MARITAIN, J. Los Derechos del Hombre y la Ley Natural. Buenos Aires : Ed. Leviatán, 1982.

NORRIS, R. E. Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: una respuesta legal. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, p. 47-121.

PAOLI, J. Contribution a l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en Droit Penal International. Revue Générale de Droit Internationale Public. Tome XLVIII, 1941-1945, Paris, 1946.

RADBRUCH. G. Filosofia do Direito. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

ROXIN, C. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2000.

— Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, Julio 1998. Barcelona: Editorial Praxis.

— El Dominio de la organización y resolución al hecho. *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Editorial Grijley, 2007.

— Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder. *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, *Revista Trimestral*. N° 29-32. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

### **Jurisprudência**

— Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Exp. n° 10-2001/Acumulado n° 45/2003-A.V. Fecha 7 de Abril de 2009.

— Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Exp. n° 19-2001-09-A.V. Fecha 30 de Diciembre de 2009.

— Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Buenos Aires, Capital Federal, 9 de Diciembre de 1985, (“*Juicio a las Juntas*”).

— Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Fallo Simon, Julio y otros del 14 de Junio de 2005 (Nulidad de la Ley de Obediencia Debida y Punto Final).

— Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

— Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de Marzo de 2001 (Fondo).

— Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 3 de Septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo).

— Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 30 de Noviembre de 2001 (Reparaciones y Costas).

— Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

### **Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

— Relatório n° 62/02 de 22 de outubro de 2002. Caso 12.285, Mérito Michael Domingues c. Estados Unidos.

— Relatório n° 19/03 de 6 de março de 2003. Caso 11.725, Acordo de Cumprimento Carmelo Soria Espinoza c. Chile.

