

AUTORÍA Y DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

AUTORÍA Y DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

Daniel Eduardo Adler

Con la colaboración de Favio Farinella



Adler, Daniel Eduardo

Autoría y delitos contra la humanidad / Daniel Eduardo Adler; contribuciones de Favio Farinella. - 1a ed. - Mar del Plata: EUDEM, 2018.

140 p.; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-4440-42-6

1. Derecho Internacional. I. Farinella, Favio, colab. II. Título.
CDD 341

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio o método, sin autorización previa de los autores.

Primera edición: octubre 2018

Este libro fue evaluado por el Profesor Alberto Binder

ISBN 978-987-4440-42-6

© 2018, Daniel Eduardo Adler

© 2018, EUDEM

Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata

3 de febrero 2538 / Mar del Plata / Argentina

www.eudem.mdp.edu.ar

Arte y Diagramación: Luciano Alem y Agustina Cosulich

Imagen de tapa: Alicia Arigos

Impreso en: Talleres del Departamento de Servicios Gráficos UNMDP



Libro
Universitario
Argentino

ciN REUN

Red de Editoriales
de las Universidades Nacionales
de la Argentina

INDICE

I. Consideraciones preliminares	9
II. Necesidad de establecer el concepto de autoría	11
III. Teorías de la autoría	12
1. Teorías causales	14
1.1. Teorías unitarias	14
1.2. Teorías diferenciadoras	15
2. Teoría subjetiva	15
3. Teoría formal objetiva	17
4. Teoría del dominio del hecho	17
5. Delitos de dominio y delitos de infracción	18
6. Teoría de los roles en las posiciones funcionalistas.	
Jakobs	22
7. Imputación objetiva y tipo penal: su relación con la autoría	23
8. Imputación objetiva (tipo penal) e imputación subjetiva (autoría)	24
9. Teoría de la adaptabilidad o de la elegancia	25
10. Autoría en el crimen organizado y rol de los funcionarios públicos.	31
IV. Formas de autoría	38
1. Autoría directa	38
2. Autoría paralela, autoría sucesiva y autoría simultánea.	
Situaciones de agresión y riña	38
3. Autoría mediata	40
4. Coautoría	43
5. Actuar en nombre de otro	43
V. Participación criminal	44
1. Introducción y principios	44
2. Accesoriedad	45
2.1. Sistemas de accesoriedad	46
2.2. Comunicación de las circunstancias del autor al partícipe	46
2.3. Convergencia intencional	48
2.4. Comunidad de acción	48
2.5. Principio de exterioridad	49
3. Participación primaria	49

4. Participación secundaria. Encubrimiento	51
5. La instigación. El exceso en el instigado	53
6. La neutralidad o inocuidad del aporte	55
<i>Caso "Smart"</i>	56
<i>Caso Blaquier</i>	57
<i>Caso Moreno</i>	59
<i>Caso La Posada</i>	60
VI. El agente provocador. El agente encubierto	61
1. El caso "Fiscal vs. Fernández"	67
VII. Participación en delitos culposos	69
VIII. Los delitos de propia mano	70
IX. Los casos de tentativa	71
X. Autoría y participación en los delitos de omisión	72
XI. La participación omisiva	73
XII. La participación en los delitos de infracción de deber	74
XIII. La participación en los delitos cometidos por la prensa	75
XIV. Autoría y participación criminal en delitos internacionales	76
XV. La Carta de Nüremberg	78
XVI. El juicio de Eichmann	88
XVII. Los primeros tribunales Ad Hoc: ex- Yugoslavia y Ruanda (por Favio Farinella)	90
a. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia	90
1. Antecedentes inmediatos	90
2. Creación y Competencia del Tribunal ad-hoc	91
3. Legado: la empresa criminal conjunta y otros aportes	93
b. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda	100
1. Antecedentes inmediatos	100
2. Creación y Competencia del Tribunal ad-hoc	100
3. Legado	102
XVIII. Caracteres comunes de los Tribunales ad-hoc	
XIX. El Estatuto de Roma	106
1. La responsabilidad penal individual	106
2. La responsabilidad penal de los jefes y otros superiores	109
XX. Los casos en la Argentina.	110
1. Breve panorama de la situación	110

2. Criterios jurídicos utilizados por los tribunales argentinos para la determinación de la autoría	116
3. Autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder	117
4. Coautoría	120
5. Autoría por infracción de deber	124
Bibliografía	127

I. Consideraciones preliminares

Nuestra ley no define la autoría en el delito. Sí establece que deben responder como los autores aquellos que toman parte en la ejecución del hecho, como también los cómplices y determinadores (art. 45 del CP). Conocer cuándo hay autoría es tarea que debe ser completada por la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia.

Cantos de sirena de los tiempos que corren entienden que no es necesario establecer la diferencia entre autoría y participación; entiendo lo contrario, aún a riesgo de caer en un homúnculo de la retorta de la doctrina. Es que nuestro mismo código penal distingue entre autores, partícipes primarios, cómplices secundarios y determinadores, y este límite al poder punitivo del estado que se ubica ya desde la parte general del código penal, nos indica que se requiere saber que aporta cada quién, en esos términos, al delito.¹

Se trata de una tarea necesaria, pues sin la determinación del autor poco se puede predicar de los otros que han participado en el delito: el concepto de autor es el punto de partida de toda construcción de la participación criminal. Sólo definiendo el autor en el caso podremos resolver la situación de los partícipes. Esta cuestión poco importa a quienes no distinguen entre autor y partícipe y sostienen la teoría del autor único, hoy resucitada con la infracción del deber.² Ese no es el sistema de nuestro código que distingue entre autores, partícipes primarios y secundarios, y determinadores, limitando pero al mismo tiempo ampliando el tipo penal de acuerdo al aporte de cada quién, en la inteligencia que no todos deben responder por todo.

El legislador regula en la parte general del código penal la actividad de todos aquellos que colaboran con la obra del autor. Esta forma de legislar lleva a que los principios de la participación criminal sirvan para todos los delitos, salvo claro está cuando una ley específi-

1 Claramente Bacigalupo dice que el código penal argentino no define el concepto de autor. Cfr. Bacigalupo, Enrique "Manual de derecho penal" pág. 180 Ed. Temis Bogota.Colombia. 1989. Sobre el homúnculo de la retorta de la doctrina, frase de Binding, para definir instigación - hombrecillos en tubos de ensayo propios de las alegorías fantasmagóricas del medioevo- v.Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000); "Derecho Penal Parte General" Ed. Ediar, pág. 767.

2 Robles Plana, Ricardo "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)"InDret Revista para el análisis del derecho.

ca indique lo contrario³ Esto es así pues las formas de participación son extensiones del tipo legal de autor. La técnica legislativa recomienda establecer la cuestión en forma general para todos los ilícitos evitando la repetición para cada uno de los delitos en particular.⁴ Al redactar el tipo penal el legislador piensa para la mayor parte de los tipos penales en tan solo una persona que comete el delito⁵ pero, quienes contribuyen con él- dados ciertos principios- también deben responder y por ello la ley, de acuerdo al aporte que cada uno haya realizado, sanciona sus conductas de diversas formas.

La distinción entre autores y cómplices no es sólo local, sino que es descripta en el principal instrumento internacional de persecución de los crímenes contra la humanidad. Efectivamente, el Estatuto de Roma prevé que es responsable aquel que cometa el “*crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”; son los casos de autores individuales, coautores y autores mediatos⁶. Pero también responde quien “*Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa*”; se castiga así las situaciones de instigación.⁷ Por último quien “*Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión*”; son los casos de complicidad primaria y secundaria, y de encubrimiento.⁸

3 Rige la norma del art. 4 del CP que establece que las disposiciones generales del código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario. Los casos de confabulación para el tráfico de estupefacientes y de conspiración a atentar contra la democracia, específicamente previstos en nuestra legislación, son formas autónomas de punibilidad que prescinden de la realización del tipo de parte del autor.

4 V. Soler, S. “Derecho Penal Argentino” T. II pág. 242 Ed. Ediar año 1983.

5 Tipos penales que suponen la intervención necesaria de más de una persona; se trata de casos de participación necesaria (v. gr. el aborto de médico diplomado sobre la mujer, art. 86 CP) o de codeincuencia (v. gr. la asociación ilícita del art. 210 del CP). Estos supuestos escapan de los principios generales de la participación tratándose de figuras penales que requieren la intervención de una pluralidad de personas para poder configurar la tipicidad objetiva.

6 Art. 25 inc. a. del Estatuto de Roma.

7 Art. 25 inc. b. del Estatuto de Roma

8 Art. 25 inc. c. del Estatuto de Roma

Estas consideraciones se refieren a los tipos dolosos, respecto de los cuales hay mayoría de opiniones para la aceptación de la participación criminal. En los tipos culposos la situación fenomenológica y normativa es distinta, y por ello son otras las reglas. Los delitos culposos no integran el corpus iuris de los delitos contra la humanidad.⁹

II. Necesidad de establecer el concepto de autoría.

Establecer cuándo se es autor o partícipe de un delito no es una distinción baladí, tiene consecuencias prácticas muy concretas, y las posiciones que se adopten, en los distintos casos, pueden limitar o ampliar la responsabilidad penal.

Así:

1. el comienzo de ejecución del delito es determinado por la actividad del autor y no por la de los partícipes. En un robo planificado por una banda, el campana- partícipe- no responderá si el autor o los coautores decidieron a último momento no realizar el robo; el instigador (partícipe) no responde si el instigado (autor) no ha comenzado la ejecución del delito. No responde el chofer que se queda esperando a los ladrones cuando estos ni siquiera entraron al banco;
2. una de las principales defensas en materia penal es el planteo de una pena mínima; distinguir entre autor y partícipe permite, en el caso de la participación secundaria, la reducción de la pena que le correspondería al autor. No se trata de una diferencia insignificante, sino que implica una disminución de un tercio a la mitad en la escala penal, lo que conlleva consecuencias prácticas en tanto se puede definir la libertad de una persona (art. 46 del CP);
3. las circunstancias típicas se comunican desde el autor al partícipe y no a la inversa, conforme criterios de la comunicabilidad de las cir-

⁹ Art. 30 del Estatuto de Roma.

cunstances. La ley establece que *“las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe”* (art. 48 del CP). Las circunstancias atenuantes nunca se transmiten y las agravantes sólo de autor a partícipe, y en tanto y en cuanto éste tenga conocimiento de las mismas. Lógico que así sea. Así, por ejemplo, no se puede transmitir una situación emocional (art. 81 inc. 1ro), y para agravar la situación del partícipe se requiere un efectivo conocimiento de la situación de parte de quien contribuye con el autor a la realización del injusto, de lo contrario se consagraría la responsabilidad penal objetiva. Recordemos que el principio de culpabilidad constituye a la vez que una garantía constitucional un límite al poder punitivo del Estado.

III. Teorías de la autoría.

Establecer cuándo se puede reputar autor del delito a una persona ha confrontado concepciones estrictamente formales¹⁰ con otras extensivas o materiales, confundiendo muchas veces los planos de análisis. Las críticas que se han realizado a las posiciones extensivas o materiales se vinculan más a las dificultades para acreditar la autoría en el marco del proceso¹¹ que con la consistencia argumentativa. Así,

10 Esta confrontación puede observarse en la sentencia de la CSJN en la causa 13, donde la mayoría del tribunal sostuvo y corroboró la sentencia de la Cámara Federal de la Capital Federal que consideró a los Comandantes de las FFAA como autores mediatos de diversos hechos delictivos cometidos en el contexto del terrorismo de Estado, en tanto la minoría, apeándose a la teoría formal objetiva, consideró inexistente la autoría mediata en el derecho penal argentino. La sentencia puede consultarse en Fallos 302. T 2. Sin embargo, el resolutorio establece lo contrario. El fallo más importante de la Corte, luego de la recuperación de la democracia, contiene una contradicción entre la parte dispositiva y los considerandos.

11 La autoría y/ o participación del imputado es junto con el cuerpo del delito una de las cuestiones básicas a ser probadas durante el proceso penal. Por ello cabe distinguir entre la autoría como tema del derecho sustancial, que es el capítulo objeto de este desarrollo, con la autoría como cuestión a ser acreditada en el curso de un proceso penal. Los criterios de imputación tienen, en este sentido, una especie de naturaleza mixta, pues al tiempo que constituyen elementos objetivos del tipo penal, resultan

por ejemplo, las teorías subjetivas de la primera etapa de la dogmática alemana que establecían que autor del delito lo es aquel que tiene “ánimo de autor” resultan teóricamente consistentes, pero se les ha objetado la dificultad de probar quién ha tenido ese ánimo cuando en la obra delictiva participó más de una persona. Es decir, había consistencia teórica pero dificultades prácticas a la hora de determinar la autoría en el marco del proceso. Ello, en mi opinión, ocurre con todas las teorías a las que por uno u otro motivo se les puede realizar críticas que tienen que ver con las consecuencias prácticas. Las teorías necesitan cierta verificación científica, y en el caso del derecho penal eso se da en los casos, debiendo observarse si los postulados de las teorías satisfacen las expectativas de las soluciones prácticas.

El derecho como lenguaje no sólo enunciativo sino prescriptivo mira las consecuencias prácticas;¹² el derecho no siempre es poesía.¹³ En rigor una buena teoría en torno al tema de la autoría no puede prescindir de un buen resultado práctico, esto último entendido como la posibilidad de probar ante un tribunal de justicia que determinada persona merece ser considerado autor del hecho o que, por el contrario, no debe serlo.¹⁴

Las modalidades delictivas no son idénticas y, en consecuencia, habrá teorías que darán mejor respuesta a ciertos fenómenos delictivos. No puede prescindirse de una observación criminológica. Existen casos de baja, mediana y alta complejidad, los que generalmente se asocian a los tipos de personas seleccionadas por el sistema penal: en las modalidades delictivas complejas el sistema penal se muestra operativamente ineficaz en la captación de autores, motivo por el cual

ser criterios de atribución de un resultado a una acción y constituyen, la mayor parte de las veces, indicios para determinar la autoría o la participación en el marco del proceso.

12 Hassemer, Winfried. “Fundamentos del Derecho Penal” Ed. Bosch 1984 pág. 40/41.

13 Es bueno que sepamos que hablamos en prosa y no en poesía, diría Monsieur Jourdain si observara algunas alambicadas construcciones en torno a la participación criminal.

14 La cuestión fue objeto de tratamiento en la sentencia dictada por el TOF 1 de La Plata en la causa “Dupuy”, irguiéndose la llamada teoría de la elegancia, lo que ha permitido hacer calzar en el caso la teoría de la infracción de deber como criterio de determinación de autoría. La sentencia puede consultarse en el sito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<http://www.csjn.gov.ar/>.

es razonable pensar en teorías de la autoría que respondan a estas prácticas; lo contrario sucede en las modalidades delictivas de mediana y baja complejidad, donde los sujetos son cazados con facilidad por el sistema. Las teorías de la autoría deben aplicarse según el tipo de caso ante el que se encuentre el intérprete. Volveremos sobre este punto.

1. Teorías causales

1.1. Teorías unitarias

Parten de la construcción causalista, pretendiendo traspasar las categorías de las ciencias físicas a las ciencias jurídicas.

No distinguen entre condición y causa. Autor será quien de cualquier forma contribuya al resultado típico. La doctrina de la equivalencia de las condiciones, utilizada a nivel de la tipicidad objetiva para determinar causalidad se usaba también para la atribución de autoría.¹⁵ Este sistema era el adoptado por nuestra legislación con anterioridad a la vigencia del actual código penal¹⁶, y el que actualmente rige en Brasil e Italia.¹⁷ Lleva a una teoría de autor único que no distingue entre autor y cómplice.¹⁸ Las diferencias en los aportes de los intervinientes en el hecho se resuelven a nivel de la pena.¹⁹ Ha recibido diversas críticas. Una de ellas es la ampliación de la imputación penal a situaciones hoy no punibles (tentativa de participación). Otra la indeterminación de las imputaciones con afectación de la función de garantía del tipo²⁰. Así quien coopera en el suicidio de

15 Soler, S.ob. cit. T. II. Pág. 237/8

16 Códigos penales de 1886 (art. 21) y los proyectos de 1891 (art 69) y de 1906 (art. 48). V. Nuñez, Ricardo “Manual de Derecho Penal” Ed. Marcos Lerner. Pág. 243. Año 1999.

17 Crítico de este concepto entendiéndolo como un elemento propio del fascismo italiano, Niño, Luis Fernando en XII Jornadas de derecho penal de Tucumán. Año 2012.-

18 Nuñez, R. ob. cit. Pág.245.

19 V. Maurach, Reinhart, Gossel, Karl Heinz y Zipf Heinz “Derecho Penal Parte General” T. 2. Ed. Astrea 1995. pág. 287. Donna, Edgardo Alberto ““La autoría y la participación criminal” Tercera edición actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni. Año 2009 pág. 14.

20 Maurach, Gossel y Zipf, ob. cit. Pág. 288.

otro se convierte en autor del suicidio, cuando en realidad es coautor porque la autoría del suicidio es impune. Constituye también una extensión de la función de garantía del tipo la consideración de autores a los extraños que participan en los delitos especiales.

Otra crítica que se ha realizado es la incompatibilidad con los textos legales que distinguen entre autores y partícipes.²¹

Existe hoy un regreso a esta teoría de parte de algunos doctrinarios que se enrolan en la autoría por infracción de deber y que los lleva a eliminar la participación criminal.²²

1.2. Teorías diferenciadoras

Por la extensión en la que incurría la teoría unitaria se dificultaba la distinción de las responsabilidades en el curso de un suceso; ironizaba Von Lizst que su aplicación haría responder por adulterio al carpintero que había construido la cama.

Ello obligó a que los autores comenzaran a distinguir entre condición y causa; así autor era quien ponía la causa, en tanto el partícipe sólo la condición. Para ello se recurrió a diversas teorías diferenciadoras entre condición y causa. Para algunos doctrinarios sería autor quien ante una pluralidad de condiciones pusiera la más eficaz para la producción del resultado, otros optarían por la más próxima; la más aceptada fue la causalidad adecuada. Estas teorías, limitadoras de la “*conditio sine qua non*” o equivalencia de las condiciones, llevaron a la discusión interminable sobre qué debería entenderse sobre causa próxima, adecuada o eficaz, y quién (el juez, el autor o un tercero objetivo) debía realizar esta consideración, lo cual dificultaba determinar el autor.

2. Teoría subjetiva

Esta teoría intentó limitar la de equivalencia de condiciones; autor será quien actué “*animus auctoris*”, en tanto el partícipe lo hará “*ani-*

21 Donna, E. A. ob. cit. Pág. 16.

22 Ruffino, Natalia “El ocaso de la comunidad del reproche entre los diversos intervinientes del injusto” Ponencia premiada en la XII Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Penal.

mus socii”. De esta forma autor no será quien interpuso cualquier condición o aquella que conforme las teorías causales pudiera ser elevada a una condición relevante pasando a ser causa; se requiere además un especial ánimo que caracteriza al autor y lo distingue del partícipe.

La Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la trascendente causa 13, en relación a esta teoría estableció que su recepción importaba “... una extensión indebida del concepto de autor que afecta la función de garantía del tipo penal, dado que la sola actividad interior del autor no puede sustituir la realización de la acción ejecutiva del delito”²³

Roxin, siguiendo a Jescheck, estima que esta teoría permitió a la jurisprudencia alemana de postguerra limitar la responsabilidad de los nazis que ejecutaron órdenes, quienes, pese a cometer homicidios, fueron considerados partícipes al considerarse que habían actuado “*animus socii*”.²⁴ También fue utilizada en el caso del sicario de la KGB, el espía “*Staschynskij*”, acusado de asesinar a dos agentes ucranianos en el exilio con una pistola de líquido tóxico. La sentencia del BGH aplicó esta teoría y limitó la responsabilidad del agente a título de partícipe y no autor, considerando que “*en circunstancias especiales, las órdenes de delinquir provenientes del Estado pueden constituir circunstancias atenuantes*”.²⁵ El espía no asesinó “*animus auctoris*”, sino “*animus socii*”.²⁶

Desde un punto de vista de la sistemática del delito Roxin critica esta teoría, pues entiende que la participación pasaría a ser un tema de culpabilidad y no un tema de autoría.²⁷

23 Sentencia de la causa 13, Fallos 309 T. II con cita de Jescheck, Hans Heinrich “Tratado de Derecho Penal” trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1981, vol. II, pág. 896; Bacigalupo, Enrique “Manual de Derecho Penal”, Bogotá 1984, pág. 183.

24 Roxin, Claus “Autoría y dominio del hecho en derecho penal” Ed. M.P. Madrid. Año 2000. Pág. 680 nota 244.

25 Roxin, ob. cit. Pág. 681

26 Zaffaroni indica que conforme las crónicas se trató de una sentencia políticamente forzada a efectos de posibilitar el intercambio de agentes secretos. Ob. cit. Pág. 772/773.

27 Roxin, ob. cit. pág. 684

3. Teoría formal objetiva

Fue la teoría dominante hasta los años 30²⁸. Para esta teoría es autor quien realiza el tipo penal.²⁹

Resulta indudable que esta posición permite describir con precisión la autoría en los casos convencionales, generando confianza en la función de garantía del tipo, pues se define la autoría a partir de la ejecución de parte de una persona del verbo expresado en el tipo penal.

Sin embargo situaciones más complejas no resultan captadas por la definición dada por esta teoría. No explica con satisfacción las situaciones de autoría mediata, en la que la persona no realiza por sí misma el tipo penal sino que se vale de otra (v.gr. quien coloca las balas de plomo para que otro dispare y mate en rigor no ejecuta la acción de matar descripta en el tipo del art. 79 del CP).

Tampoco permite dar por configurada la coautoría por división de funciones, en los que algunos de los concertados no ejecute actividad típica (V.gr. resultaría absurdo sostener que no es coautor quien mantiene a la persona apuñalada por no ejecutar la acción de matar).

4. Teoría del dominio del hecho³⁰

A pesar de reconocidos antecesores, se considera a Welzel autor de la teoría del dominio del hecho.³¹ Será autor del delito quien domine la

28 Roxin, ob. cit. Pág. 684

29 Es la que utiliza la clásica obra de Sebastián Soler para definir el autor: “*Autor el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva*” ob. cit. Pág. 244.

30 Acerca de la evolución de la teoría del dominio del hecho y su diversidad de enfoque por los distintos autores v. Roberto Atilio y Falcone, Andrés “Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino. Algunas consideraciones acerca del cambio paradigmático en post de un modelo de imputación puramente normativo “en Revista de Derecho Penal y Criminología. Mayo 2012 La Ley pág. 3/22.

31 Ha sido tanta la importancia que Welzel dio a la autoría que la incluyó dentro de la teoría del delito y a continuación del tratamiento de las causales de justificación, manifestando críticamente que el causalismo “*desarrolló el injusto en forma independiente del autor, igual como un hecho delictual que flota libremente....*” Welzel, Hans “Derecho Penal

acción humana final y su causalidad dirigida a la realización del tipo penal (autoría directa), quien domine la voluntad de otros que a su vez manejen el curso causal de las acciones finales para la realización del tipo (casos de autoría mediata) y serán coautores aquellos que tengan el codominio funcional de la acción final. Autor es el señor del hecho, quien tiene el *sí* y el *cómo* de la realización delictiva.

Esta teoría se presenta como claramente superadora de las anteriores, ello en cuanto se vincula la acción final con la realización del tipo penal, lo cual permite por una parte limitar el concepto de autoría hacia una figura penal determinada (en contra de las teorías subjetivas), pero a la vez da sentido a la acción permitiendo considerar autor aún a aquellos que no han intervenido directamente en la ejecución del verbo típico (como sucedía en la teoría formal objetiva). Así autor podrá ser quien maneja la acción desde atrás mediante el dominio de la voluntad de otros, lo cual da respuesta a las situaciones de autoría mediata.

Claramente establece De Luca refiriéndose a esta teoría que autor es el “*dueño del suceso y que no reconoce una voluntad que domine la suya.*”³²

5. Delitos de dominio y delitos de infracción

Roxin ha realizado un aporte fundamental a la doctrina penal en materia de autoría al diferenciar entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Se trata de teorías fundamentadoras de la autoría a partir de la observación que ciertos delitos contienen elementos en la autoría que los distinguen de los delitos comunes. Estas condiciones de autoría no sólo se refieren a los llamados delitos especiales,³³ sino a todos aquellos en los cuales el autor se encuentra en relación al

Alemán” Editorial Jurídica de Chile. Año 1993 Pág. 118. Dice Welzel que “*la teoría del autor constituye la piedra clave de la teoría de lo injusto típico...*” pág. 119.

32 De Luca, Javier Augusto “*Congreso sobre abolición universal de la pena de muerte y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” en:

<http://documents.tips/documents/javier-a-de-luca-autoria-y-participacion.html>.

33 Delitos especiales, a diferencia de los delitos comunes, son aquellos que solo pueden ser cometidos por las personas referidas en el tipo objetivo (v. gr. los delitos de funcionarios públicos, o el parricidio del art. 80 inc. 1 del CP; o la condición de médico diplomado en el aborto, art. 86 del CP).

bien jurídico protegido en una situación que le genera un deber extrapenal de actuación.

Media entre ambas categorías una relación de género a especie; la autoría de cualquier delito puede explicarse a través de la teoría del dominio del hecho, pero no cualquier delito puede explicarse a través de la teoría de la infracción de deber. Así la malversación del funcionario público, delito que cuenta con una calificación especial en el autor, puede ser explicada a través del manejo del dominio sobre la causalidad que el autor realice respecto del destino de los fondos, pero también puede ser explicada como una infracción a los deberes extrapenales (en el caso el deber respetar las normas de ética pública) que le incumbían en relación a la recta administración de los bienes del estado (CP 264). Por el contrario, costaría imaginar al delito de robo como delito de infracción de deber.

El desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber se fundó en la insuficiencia de las argumentaciones que presentaban distintas teorías para superar las lagunas de la teoría del dominio del hecho para sancionar al “intraeus” que utilizaba un “extraneus”³⁴ y los casos en que un extraneus tuviese el dominio del hecho sobre el “intraeus”.³⁵

Roxin soluciona la cuestión argumentando que en estos casos lo que marca la autoría no es el dominio del hecho, sino la posición del autor respecto a la situación del bien jurídico y al deber que esta relación genera a la persona en posición de garante.

Otra cuestión que constituye un aporte de esta teoría es la de situaciones complejas desde lo fenomenológico que resultan sencillamente resueltas por la infracción de deber, en especial por situaciones en que las omisiones constituyen verdaderas acciones (v.gr .el supuesto de la madre que deja de alimentar a su hijo; o que permite

34 Sobre esta situación Roxin ejemplifica con el manejo que un administrador infiel realiza desde Estados Unidos respecto del patrimonio a su cuidado en Alemania, situación en la que comete un desfallo con el manejo de las acciones en Alemania a través de una persona que no tiene el deber de cuidar ese patrimonio (ob. Cit. Pág. 389).

35 En su obra Roxin ejemplifica con el caso de quien no siendo funcionario público domina el hecho y utiliza al funcionario público para torturar, siendo que el delito de torturas solo puede ser cometido por funcionarios públicos Ob. cit. Pág. 385.

que su hijo sea severamente castigado por su concubino).³⁶ Desde la postura formal objetiva la madre no comete homicidio y desde la teoría del dominio del hecho no puede afirmarse que haya tenido el manejo del curso de los hechos. Sin embargo, aplicando la argumentación desde la infracción de deber esa mujer tendría, en esa situación, un concreto deber de actuar para evitar el resultado.

Se construyen así distintas posibilidades relevantes para considerar quién es autor de un crimen.

Veamos las consecuencias prácticas de adoptar una u otra teoría. En la causa “Otalepo”³⁷ la madre había requerido a su vecina que matara a su hijo. La Cámara Penal de Mar del Plata había considerado que se trataba de un filicidio de parte de la madre, homicidio calificado con pena de prisión o reclusión perpetua (art. 80 inc. 1 del CP). Las partes acudieron a la Corte de la Provincia argumentando que la autora del delito había sido la vecina y no la madre, consecuencia de lo cual resultaba indebido comunicar las circunstancias agravantes hacia quien no había ejecutado la acción típica de matar y no era autora. Argumentaron que las circunstancias se comunican de autor a partícipe y nunca de manera inversa, en la inteligencia que regía el principio de accesoriedad en materia criminal: lo accesorio (participación) sigue la suerte de lo principal (autoría). La Corte les dio la razón y cambió la calificación por la de homicidio simple, pues la acción típica no había sido ejecutada por la madre. De todos modos impusieron, dentro de esa calificación más benigna, mayor pena a la madre que a quien ejecutó el verbo típico (la vecina), lo cual da la pauta que la mayor culpabilidad la llevaba ésta y no la vecina. La madre fue

36 Crítico de la cuestión Rusconi, quien argumenta “...de dónde obtendríamos legitimidad para suponer que el intérprete puede transformar ilícitos activos en omisivos sin que ello se encuentre absolutamente expreso?” Rusconi, Maximiliano, “Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad” pág. 99. Ed. Ad. Hoc. Año 2011.

37 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdos y Sentencias. Año 1983. P.29.866, “Otalepo, L.A. y otros s/ homicidio calificado”. El caso es similar a la célebre sentencia del Supremo Tribunal Alemán de la bañera, en el cual la madre pidió a la hermana que ahogar al recién nacido en la bañera. El RG castigó a la madre como autora y a la hermana sólo como cómplice siguiendo la teoría subjetiva. Ello nos da la pauta que las conductas humanas se repiten allende las latitudes y longitudes. (v. Alustey. Dabon, María del Carmen “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del tribunal supremo” www.dialnet. unirioja.es.)

condenada a título de instigadora (imponiéndole 25 años de prisión), el padre como partícipe (22 años de prisión) y la vecina como autora (18 años de prisión). Resulta evidente que la solución del caso no es del todo consistente, y ello se evidencia al observar que la Corte termina condenando al autor con una pena sustancialmente menor que la del partícipe.³⁸

Otra hubiese sido la solución de considerar autora a la madre por infracción de deber. Lo relevante para esta teoría no es la ejecución del verbo típico ni el dominio del hecho, sino la posición del autor en relación al bien jurídico y el deber que esto le genera. La madre tiene el deber de cuidar a su hijo (deber extrapenal), que va más allá del general que surge de la norma que indica el tipo (no matarás). Ese deber extrapenal genera una situación de garantizar la vida del niño a través de acciones positivas para preservar su vida; las omisiones o acciones en las que incurra y que incrementen el riesgo de muerte del niño la colocan en una situación de infracción a ese deber de cuidado que como madre le incumbe. En este caso, de haberse seguido la posición de autoría por infracción de deber nos encontraríamos frente a un caso de autoría y no de instigación o participación primaria. Si la madre es considerada autora, conforme esta teoría, la vecina, que ahogó al niño, resultaría partícipe.³⁹

En el derecho argentino el caso se podría haber resuelto conforme la propia letra de la ley. Efectivamente, Zaffaroni sostiene, atinadamente, que estas situaciones resultan claros casos de autoría por determinación del art. 45 del CP.⁴⁰ Si bien clásicamente la determinación fue tratada como caso de instigación, Zaffaroni demuestra, en base a los antecedentes históricos, que esta fórmula abarca los casos de autoría mediata, de instigación y los casos de calificaciones especiales en los autores.⁴¹

38 La Sala I de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata había condenado a todos a prisión perpetua.

39 Ejemplo similar en Righi, Esteban “Derecho Penal. Parte General” Ed. Lexis Nexis año 2007 pág.388 nota 52.

40 Zaffaroni, ob. cit. Pág. 770/ 771 y 788/789. El art. 31 del código Tejedor consideraba autores a los determinadores, y reconocía sus antecedentes en el código de Baviera que había sido recogido por el código imperial de Brasil.

41 Zaffaroni, ob. cit. Pág. 788, critica la limitación dogmática de interpretar la determinación sólo como instigación cuando puede abarcar otros supuestos.

6. Teoría de los roles en las posiciones funcionalistas. Jakobs⁴²

La construcción de Jakobs parte de la trilogía norma, persona y sociedad. La persona cumple un rol establecido por normas con sentido social. Cuando se aparta de ese rol y excede el ámbito propio de su competencia organizacional debe responder ante la sociedad. Apartarse del ámbito de la competencia genera posibilidad de imputación, más allá de las categorías rígidas de autor y partícipe.

Para los funcionalistas es condición para responder no cumplir el rol conforme las exigencias y expectativas normativas. Por el contrario, no debe responder aquel que actuó dentro del rol y cumpliendo esas expectativas. Quien ha manejado su conducta de acuerdo al rol social no debe responder, aun cuando sus acciones u omisiones puedan vincularse causalmente al resultado. Esa conducta tendrá, en su caso, un aporte neutral y debe ser considerada inocua. Así la “*la entrega de una carta por el cartero, a pesar que en el trayecto se da cuenta que el sobre contiene una bomba. No cambia la valoración si el cartero advierte que, en vez de una bomba, el sobre contiene propaganda subversiva; b) el chófer que prosigue el viaje a pesar de descubrir que uno de sus pasajeros lleva droga dentro de su equipaje. Igualmente, si continúa la marcha a pesar de reconocer por el espejo retrovisor entre sus pasajeros a un peligroso terrorista perseguido por la justicia; c) lo mismo, no es partícipe la dueña de un restaurante si prepara un exquisito desayuno a unos conocidos delincuentes sabiendo que tienen planeado robar un banco inmediatamente después de desayunar; d) actúa neutralmente una persona que celebra su cumpleaños en un famoso restaurante, gastando mucho dinero, a pesar de saber que el dueño es un evasor de impuestos; e) asimismo, es neutra la conducta del deudor que paga su deuda sabiendo que el acreedor empleará el dinero para comprar un arma y dar muerte a otro*”⁴³.

Esta teoría, de indudable influencia sociológica, desconoce-conforme más adelante se desarrollará- el rol dinámico de los roles, generando estereotipos rígidos ignorando el carácter selectivo del sistema penal. Advertidos de ello para no consagrar situaciones disva-

42 Jakobs, Gunther “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” Ed. Marcial Pons pag 724 y ss. Año 1995.

43 Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Berlin/New York 1991, 7/59, en Caro John, José Antonio “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho Penal.” www.alfonsozambrano.com.

lios, su aporte en relación a la imputación objetiva resulta relevante para delimitar la atribución de autoría.

7. Imputación objetiva y tipo penal: su relación con la autoría

La imputación objetiva como elemento del tipo se vincula con la autoría: sólo si se pasa ese baremo de la teoría del delito podrá avanzarse en el juicio de imputación subjetiva para la atribución de un hecho a una persona. Es decir, hay planos de análisis entre el derecho penal de fondo y el derecho penal procesal penal que se relacionan: para la imputación procesal del hecho y considerar autor a una persona debe superarse el análisis de imputación objetiva. Así el riesgo permitido (gr. tráfico automotor), el riesgo prohibido (v. gr. exceso de velocidad en el tráfico automotor), el principio de confianza (v. gr. creer que el otro se conducirá conforme las reglas del tránsito y respetará el derecho de paso), la división de trabajo (v. gr. que el mecánico ha realizado correctamente su trabajo al revisar el freno de mano) y la autopuesta en peligro de la víctima (v. gr. resulta imposible prever que el transeúnte se arrojará bajo las ruedas del automóvil) resultarán criterios relevantes a la hora de avanzar en la imputación de autoría en el proceso penal. Se trata, en todos los casos, de límites al poder punitivo estatal. Las conductas, en esos casos, pasarán a ser neutras, es decir impermeables al derecho penal.

Ahora bien, este pareciera ser un requisito necesario pero aún no suficiente para la atribución típica y endilgar autoría. Efectivamente, críticos de las teorías de la imputación objetiva, Zaffaroni, Slokar y Alagia ⁴⁴introducen un concepto novedoso en el tipo objetivo que impacta en el análisis de la autoría: la dominabilidad. Básicamente: habrá que estar al plan concreto del autor y a sus especiales conocimientos para significar la posibilidad de imputación. Según estos autores, en criterio que comparto, puede ocurrir que los parámetros de imputación objetiva indiquen asépticamente que no estamos frente a conductas neutras y, sin embargo, por el concreto plan del autor y/o sus especiales conocimientos, correspondería la imputación. El ejemplo objeto de discusión lo constituye el camarero que siendo

44 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Pags. 390 y ss.

biólogo se percató que la fruta que sirve es venenosa y no se abstiene de hacerlo o el del ferretero que vende el martillo sabiendo que el comprador acaba de terminar una discusión con su esposa que lo espera en la puerta: para Jakobs la conducta es irrelevante porque cumple su rol, en tanto para los referidos doctrinarios ese aporte puede no ser banal ⁴⁵

La opinión de estos autores en parte coincide con la que muchos autores alemanes han realizado al incorporar al análisis objetivo la elevada predisposición al hecho. Los conocimientos especiales y un plan concreto son elementos que llevan a una elevada predisposición al hecho.

La opinión de Zaffaroni, Alagia y Slokar no se limita a un análisis dogmático, sino que reflexiona sobre las consecuencias de los límites de la imputación objetiva en relación a la selectividad del sistema penal, y argumentan en el sentido que esta teoría será aplicada para la impunidad de los crímenes de Estado y no a los sospechosos de siempre.

8. Imputación objetiva (tipo penal) e imputación subjetiva (autoría)⁴⁶

Como dijéramos antes, la imputación objetiva es un presupuesto para la determinación de la autoría tanto a nivel del derecho penal como del proceso penal. El concepto de autoría y el de participación criminal deben ser excluidos si no puede afirmarse la imputación de una conducta en el marco del tipo objetivo. Al ubicar esta cuestión a nivel de la tipicidad penal se podría evitar el juicio, pues cuando una conducta se presenta como manifiestamente atípica deviene el sobreesimiento. Sin confundir las categorías de materialidad delictiva y tipicidad, pues pertenecen a ámbitos diversos del conocimiento jurídico, resulta indudable la vinculación entre dichos conceptos. En efecto, ante la ausencia de tipicidad objetiva, en un esquema normativo donde el cuerpo del delito siempre lo será con referencia a un tipo con-

45 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob.cit. pág.393 y 402.

46 Sobre el punto, con mayor extensión Adler, Daniel E. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Nro.12 Ed.Ad Hoc.2002.

creto, resultará imposible afirmar la materialidad del ilícito penal. Eso sucede si la conducta en análisis no supera las reglas de la imputación objetiva, obturándose la posibilidad de avanzar en el proceso. Esto tiene interés no sólo en relación a la conclusión de la causa (a través del sobreseimiento), sino también en lo que respecta a la imposición de las medidas de coerción que tienen como presupuesto la verosimilitud del derecho, el cual no se puede afirmar si no aparece justificado el *corpus criminis* (C.P.P. 157; C.P.P.N. 306/12.). La adopción del injusto personal ha permitido no sólo en la teoría analítica del delito anticipar la solución de los casos penales desde el derecho de fondo, sino presentarse como un instrumento práctico para la anterior resolución de los conflictos penales desde un plano procesal, limitando con mayor eficacia el poder punitivo del Estado en cuanto se exigen mayores requisitos analítico-dogmáticos en una etapa previa. Tanto para proseguir en el estudio del caso desde la teoría del delito, como para avanzar con la serie de actos concatenados que conforman el proceso se necesita desde el vamos afirmar -verosímelmente-la tipicidad penal, si ello no sucede el caso debe darse por cerrado. El tipo objetivo se presenta así en su función de garantía como un límite al poder punitivo del Estado, anticipando el cierre de una persecución penal, y acotando la incertidumbre y sufrimiento personal para los protagonistas del conflicto penal.

Por ello la relevancia de la imputación objetiva, que al corregir el juicio causal mecánico-físico por otro de matriz jurídica, limita el ámbito de aplicación de la norma penal y efectiviza la función de garantía del tipo objetivo. Utilizando criterios de imputación objetiva se pueden resolver cuestiones de derecho penal a nivel de la tipicidad, sin necesidad de pasar al análisis de otros elementos del delito, los que se ubican *a posteriori* (v. gr. antijuridicidad y culpabilidad).

9. Teoría de la adaptabilidad o de la elegancia

Hasta aquí hemos repasado las teorías acerca de la autoría y hemos deslizado nuestra mirada acerca de cada una de ellas. En síntesis podríamos decir que las posiciones idealistas tratan de encajar las estructuras del derecho penal en la realidad, lo cual ha servido entre otras

cosas para que lo que todo el mundo distingue (quién es el autor y quién los partícipes) no sea distinguido por los penalistas⁴⁷. Este idealismo se ha servido tanto de concepciones fenomenológicas como de concepciones normativistas extremas, generando incertidumbre en el concepto de autoría.

En los últimos tiempos las posiciones normativistas han ganado terreno sobre las fenomenológicas. Roberto y Andrés Falcone sostienen que *“la teoría del dominio del hecho reproduce fenómenos que acontecen en la naturaleza con la percepción de poder obtener de allí criterios normativos de imputación o de atribución de autoría, perdiendo de vista que las leyes de la naturaleza (tanto como las de la psiquis humana) pertenecen al medio del sistema jurídico y que por lo tanto no pueden tener ninguna aspiración de constituir o de transformar la programación normativa del derecho”*.⁴⁸ Inevitable es rememorar la falacia naturalista de Hume, consistente en aplicar a las categorías del ser (la naturaleza) las del deber ser (cultura).

En rigor la teoría del dominio del hecho, en cualquiera de sus versiones, contiene claras referencias a aspectos normativos, es decir, no es una construcción despojada de normativismo. Todas las teorías de la autoría, salvo la subjetiva de los primeros tiempos (autor es quien tiene animus auctoris), contienen elementos normativos, lo que ocurre es que hay teorías que se acercan más a lo fenomenológico (v.gr. la del dominio del hecho) y otras que se alejan de él y se insuflan de normativismo (la formal objetiva, la de infracción de deber).

La cuestión, desde un punto de vista filosófico, es si queremos construir un derecho penal que esté más cerca de la acción humana (construcción naturalística o fenomenológica) o del deber (construcción normativista). La visión extrema de una y de otra pueden generar situaciones de impunidad o de abuso de imputaciones. Así una visión naturalística extrema no captaría la omisión impropia, construcción que sólo puede ser comprendida a partir de valoraciones normativas. Por otra parte, una construcción normativista extrema podría extender indebidamente la imputación por la generación minuciosa de deberes que se pueden apartar de un sentido global de la prohibición (v. gr. el deber del guardiacárcel de tratar con corrección a los presos podría incluir el pagar alimentos

47 Zaffaroni, ob. cit. Pág. 767/768.

48 Falcone, R.A. y Falcone, A. ob. Cit. Nota 26.

con su peculio; el deber del juez de ser imparcial y objetivo, le impediría mantener algún trato social con testigos y abogados; el deber del padre de cuidar a su hijo podría incluir la transmisión de un mínimo de cultura que le permita subsistir en una sociedad determinada).

En mi opinión las teorías que fundamentan la autoría deben ser descriptas como herramientas útiles para solucionar casos concretos, respetando los principios constitucionales y limitadores del poder punitivo estatal que informan el derecho penal.⁴⁹ La dogmática es para la mejor realización de la justicia y no la Justicia como laboratorio para ratificar fórmulas dogmáticas. Se espera de las teorías penales que sean útiles para argumentar acerca de la mejor respuesta que el derecho penal puede dar a la sociedad y a la persona.⁵⁰

Una visión realista debe tener en cuenta la complejidad o sencillez del caso. A casos sencillos la respuesta del derecho penal debe ser sencilla, a casos complejos la respuesta debe tener consideraciones de otro orden. Los casos de criminalidad compleja y organizada difi-

49 Para Bacigalupo esas exigencias en materia de autoría son dos: permitir una aplicación segura e igualitaria de la ley penal y distinguir distintas formas de vulneración de las normas que justifiquen una respuesta penal diferenciada, según criterios justificables desde la perspectiva de los fines de la pena. Bacigalupo, Enrique “Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación” en “Hacia nuevo derecho penal” Hammurabi. 2008. citado por Rusconi, M. ob. cit. Pág. 60.

50 Con argumentos filosóficos la cuestión fue explicada por el Juez Mario Portela al fundamentar la aplicación de la teoría de autoría por infracción de deber en los casos de la UP 9 de La Plata. Vale la pena reproducir las reflexiones “...los operadores jurídicopenales han tratado mediante la dogmática de solucionar los problemas derivados de la aplicación de las normas a las conductas concretas, tal como los juristas deben hacer en general para resolver los conflictos jurisdiccionales. Para ello ha sido necesario que, al estilo de los paradigmas kubneanos, las nuevas tesis surjan cuando las viejas se quedan sin explicación para determinado campo fáctico. Y por supuesto que estas nuevas teorías aparecen en el horizonte con sustento en la cosmovisión general que el saber de cada época ofrece al jurista. De allí que estas nuevas aportaciones de la filosofía de la mente y de la ética en lo que se refiere al tema de la acción humana hayan abierto posibilidades diversas para solucionar problemas cada vez más complejos. Con estos elementos los operadores penales se ven en la necesidad de optar por alguna de las tesis de atribución y es claro que, tal como hacen los epistemólogos, en general elegirán de entre las múltiples tesis, aquellas que mejor solucionen los problemas concretos que deben resolver. Y por mejor entendemos las teorías más elegantes, más económicas (en sentido epistemológico) y en definitiva más comprensibles para encontrar esas soluciones. Esta tarea de selección es realizada por cualquier científico, sea cual fuera su especialidad o la dureza de su ciencia...”. La sentencia puede consultarse en el Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. <http://www.csjn.gov.ar/>

cilmente puedan ser resueltos en forma satisfactoria por la teoría formal objetiva, debiendo recurrirse a construcciones dogmáticas que permitan encontrar mayor comprensión a estos fenómenos. Lo cierto es que una construcción del derecho penal que pretenda legitimarse desde el discurso no puede prescindir de considerar en la formulación de sus teorías la selectividad del sistema penal; una buena teoría penal no puede prescindir del análisis criminológico⁵¹. Verbi gracia, difícilmente las acciones de quien realiza un emprendimiento criminal complejo puedan ser captadas con la teoría formal objetiva; para los sospechosos de siempre cualquier construcción alcanza, y lo racional sería que en estos casos existiera, de parte del intérprete, una tendencia proporcionalmente inversa a la selección criminológica que el sistema naturalmente genera.

Nada impide al juez utilizar para sus casos, conforme la complejidad de los mismos, diversas teorías de la autoría. Un juez podría partir para los casos sencillos de la teoría formal objetiva que es la que mejor responde a las exigencias de estricta legalidad de un derecho penal respetuoso de los límites al poder punitivo estatal.⁵² Claro que, como hemos visto, esta teoría no puede dar respuesta satisfactoria situaciones de casos difíciles⁵³ que deben ser analizadas bajo la perspectiva de otras teorías (teoría del dominio del hecho, teoría de infracción de deber) que sí han encontrado argumentos jurídicos, y que permiten evitar situaciones de impunidad ante sucesos de alta disvaliosidad social.

No hay motivo para abordar desde una misma y única perspectiva un caso de baja complejidad criminal que otro de alta complejidad criminal. El poder selectivo y criminalizante del poder punitivo estatal nos debe llevar a realizar una distinción para contrarrestar, a través de una racional utilización del derecho penal, unos de otros. Veamos la cuestión a través de dos casos.

1. Dos jóvenes, uno de ellos con debilidad mental moderada, realizan un robo. El débil mental oficia de chofer, el otro apunta con un arma y desapodera del vehículo al dueño. El caso podría ad-

51 Es lo que Hassemer llama orientación hacia las consecuencias del derecho penal.

Hassemer, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal" Ed. Bosch 1984 pág. 40/41.

52 Esa parece ser la opinión de Binder. V.Rusconi, M. ob. cit. Pág. 86/87.

53 V.Dworkin, R. "Los derechos en serio" Ed. Ariel Barcelona pág.146 año 1989.

mitir una coautoría por codominio funcional del hecho (teoría del dominio del hecho), pero también un caso de autoría con participación criminal secundaria del débil mental (teoría formal objetiva). Teniendo en cuenta que tanto la doctrina y la jurisprudencia son contestes en no admitir la inimputabilidad del débil mental moderado, la utilización de la teoría formal objetiva funcionaría en este caso como resguardo de quien menor responsabilidad tiene en el hecho;

2. Un vicepresidente decide dar un golpe institucional y para ello, violando su deber de fidelidad a la Constitución, desarrolla una serie de acciones políticas que deben ser ejecutadas por otros (pedido de juicio político, rechazo de recursos judiciales etc.), sin tener dominio del hecho pues no maneja una estructura organizada de poder ni tampoco la voluntad de las personas con las que se comunica. Esta persona no realiza acción alguna, sino que induce a los hechos. Es decir, no cuenta con el dominio del hecho ni tampoco realiza acciones típicas. Se trata de un partícipe o es en realidad autor? El derecho en este caso no estaría viendo lo que todo el mundo ve? Al caso podría aplicarse una situación de instigación (desde la perspectiva de la teoría formal objetiva o desde la del dominio del hecho) pero también podría aplicarse la teoría de infracción de deber y considerarlo autor del golpe de estado, pues sus conductas han infringido un deber ínsito a quienes ejercen las funciones más importantes de la República, cual es la preservación del orden democrático de la República.

Siendo la autoría un concepto abierto (no se encuentra definida en el código penal y en consecuencia debe ser esa tarea completada por el intérprete) hay que aplicar al caso la teoría que de mejor forma satisfaga las necesidades de un derecho penal orientado a las consecuencias (Hassemer) pero que al mismo tiempo no desatienda principios limitadores del derecho penal, entre los cuales se encuentra el principio de culpabilidad, vinculado justamente a la mayor o menor vulnerabilidad de los imputados.

Es decir, pueden ser utilizadas diferentes teorías para justificar porqué determinada persona debe responder como autor o partícipe; ello en tanto y en cuanto se responda a la realidad de la cual el derecho no debe alejarse.

Una buena práctica sugiere partir de la teoría más sencilla y que asegure una mejor adecuación a las garantías, esto es la teoría formal objetiva⁵⁴; si ésta resulta poco satisfactoria para explicar la autoría (v. gr. casos de autoría mediata), deberá recurrirse a la teoría del dominio del hecho y, por último, si esta aún resulta insuficiente, se pueden manejar las teorías de infracción de deber (v.gr. casos de los llamados “delicta propria”).

En síntesis,

1. los casos sencillos de autor único pueden resolverse sin mayor inconveniente con la teoría formal objetiva, con la cual también podrían resolverse los casos de coautoría donde se realicen acciones compartidas de ejecución del verbo típico;
2. los casos de coautoría, donde la acción típica no resulte compartida por los ejecutores, pueden resolverse con la teoría del codominio funcional del hecho;
3. los casos de autoría mediata a través de la teoría del dominio del hecho;
4. los de utilización de elementos dolosos no calificados (extra-neus) a través de la teoría de infracción de deber de Roxin o posición de autoría por determinación de Zaffaroni.

Reducir las teorías de la autoría a tan sólo una teoría a la par que empobrece la argumentación jurídica puede generar vacíos o lagunas que no existen en la ley, con la consecuente impunidad o ampliación de los criterios de imputación. Si el intérprete se aferra a ideas formalistas o, en el otro extremo, extiende el tipo de modo grosero violando los principios limitadores del poder punitivo estatal se deteriora la calidad institucional de respuesta del derecho penal.

En definitiva, no hay sólo una teoría válida de la autoría sino teorías de la autoría que esperan la sabiduría del magistrado para su aplicación.

54 Maurach ha aceptado la convivencia de la teoría formal objetiva y la del dominio del hecho.

10. Autoría en el crimen organizado y rol de los funcionarios públicos

El relato complejo acerca de la criminalidad organizada tiene su contracara cuando se reflexiona sobre cómo se iniciaron estas organizaciones.

Es frecuente que la administración de justicia, enmarañada en trámites burocráticos, no remarque lo que motiva a los hombres al crimen. Las grandes organizaciones criminales comenzaron siendo pequeños grupos, antes sólo bandas y previo a ello sólo asociaciones ocasionales en los cuales dos o más personas convergían para la comisión de un delito.

En el opus criminal colectivo deben rescatarse, desde un punto de vista de la exigencia jurídica internacional, ciertos componentes subjetivos. El crimen organizado se motiva en situaciones con las que la humanidad convive desde antaño. La codicia, la ira o la soberbia de las personas las lleva a la realización de conductas que tiene su correspondiente definición jurídica⁵⁵. Sin pretensiones de taxatividad, se puede decir que, en términos jurídicos, la codicia se emparenta con el fin lucro, la soberbia al abuso de autoridad y la ira al odio. Se trata de situaciones emocionales, motivaciones o finalidades que se ubican en los elementos subjetivos del tipo penal diferenciados del dolo⁵⁶. Esto viene a colación porque la definición normativa del fenómeno (crimen organizado) exige para la constitución del tipo penal internacional que la organización tenga por finalidad la obtención directa o indirecta de un beneficio económico u otro de orden material.⁵⁷ Se han dejado de lado otras motivaciones subjetivas que inciden en grupos organizados, como son el odio (de incidencia en los grupos terroristas) o el abuso de poder (se observa en las dictaduras).⁵⁸

55 Todo lo malo y todo lo bueno sale del corazón del hombre. “Porque del corazón provienen malos pensamientos, homicidios, adulterios, fornicaciones, robos, falsos testimonios y calumnias.” Mateo 15:20.

56 Bacigalupo, Enrique “Derecho Penal Parte General” pág. 336/7Hammurabi. 2da Edición. Buenos Aires 1999.

57 Art. 2 inc. b. de la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

58 Esta finalidad específica definida en la Convención y la ausencia de su enumeración entre los instrumentos jurídicos de Naciones Unidas contra el Terrorismo, me

Pero, además, para que estas acciones puedan constituir casos de criminalidad organizada la ley internacional requiere, a saber:

1. Que se trate de un grupo estructurado de tres o más personas;
2. Con permanencia en el tiempo;
3. Que las acciones que lleven adelante sean concertadas;
4. Con el propósito de cometer uno o más delitos graves⁵⁹;
5. Que las acciones sean transnacionales, esto implica que el delito: *a)* Se comete en más de un Estado; *b)* Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; *c)* Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o *d)* Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.
6. Y que tengan por finalidad obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material.⁶⁰

persuaden que no se ha querido incluir el terrorismo como un crimen organizado transnacional (v. <http://www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml>). Esto se debe, seguramente, a las reconocidas dificultades para definir el terrorismo. Así lo establecen las mismas Naciones Unidas al establecer que “*La capacidad de las Naciones Unidas para elaborar una estrategia amplia se ha visto limitada por el hecho de que los Estados Miembros no han podido aprobar un convenio sobre el terrorismo que incluya una definición del terrorismo. Ello impide que las Naciones Unidas ejerzan su autoridad moral y proclamen inequívocamente que el terrorismo no es jamás una táctica aceptable, aún en defensa de la más noble de las causas.*” <http://www.un.org/es/terrorism/highlevelpanel.shtml> en Acciones de Naciones Unidas contra el Terrorismo. Antecedentes, punto 157.

59 Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Art. 2 inc. b. de la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

60 El art. 2 de la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define como “*grupo delictivo organizado*” a “*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”.

Las acciones delictivas de estos grupos se invisibilizan por distintos intereses. Esa invisibilidad resguarda a los grupos delictivos de las sanciones, logrando impunidad. Este es un mecanismo habitual de comportamiento para mantenerse en el tiempo y lograr beneficios materiales o de otro tipo. A ello se agrega la mirada complaciente o engañada de la sociedad que no ve en un principio peligro alguno en el inicio de estas organizaciones.

Veamos algunos ejemplos:

1. la trata con fines de explotación sexual muchas veces tiene su inicio con un emprendimiento para ganar dinero fácil, poniendo un prostíbulo barrial. Lo que comenzó siendo un miniemprendimiento, ante la mirada benevolente de los vecinos y autoridades se convirtió luego en una estructura delictiva compleja;
2. Los grupos de neonazis que se presentan hoy como un grupo de jóvenes con ciertas simpatías políticas, crecen y se sustentan en el desprecio a sus semejantes con la mirada tolerante de la autoridad que les da cabida. Cabe recordar que los genocidios tuvieron su comienzo en estos grupos minoritarios que odian al otro, al distinto, al que piensa de otro modo, reacciones que son producto de la soberbia y de la ira;
3. Quienes trafican drogas no lo hacen gratis, sino con un claro fin de lucro que tiene su origen en la avaricia que los lleva a las acciones de lucro; muchas de estas personas comenzaron siendo consumidores, pasaron a ser traficantes y culminaron siendo traficantes, y en muchos casos no han contado con la asistencia social y estatal necesaria para evitar esa escalada de responsabilidad criminal;
4. Las dictaduras de América Latina de los años 60 y 70 tuvieron en la soberbia de algunos militares su motivación, impulsados por quienes defendiendo sus intereses, vernáculos y forráneos, engañaron a gran parte de la población y tomaron el poder por las armas. La inacción de los actores estatales, como jueces y fiscales de ese momento, consolidaron esa estructura ilegal.

Estos ejemplos, indican que las organizaciones criminales tuvieron su inicio en situaciones ordinarias llevadas a cabo por hombres ordina-

rios y que se mantuvieron a lo largo del tiempo con la contribución de ciertas omisiones cómplices de actores estatales que permitieron la consolidación de esa estructura ilegal.

La pregunta es por qué las acciones ordinarias de hombres ordinarios logran avanzar y desarrollarse a punto tal de conformar grandes organizaciones; cuál es el motivo para que crezcan, se ramifiquen y consoliden. Por qué lo ordinario ⁶¹pasa a constituirse en algo extraordinario como es la macrocriminalidad organizada. No se puede descartar la policausalidad de este fenómeno. Aquí sólo se esbozará una respuesta en relación a la configuración y abordaje de la autoría, teniendo en cuenta que lo ordinario pasa a ser extraordinario a partir de la intervención por comisión u omisión de la autoridad estatal. De acuerdo a la observación empírica y las normas internacionales que rigen la materia, la ausencia de intervención de las autoridades públicas en estos casos, como agentes de promoción del bien común, resulta una causa determinante para el crecimiento de estas organizaciones.

Vayamos a los ejemplos dados.

1. Si un comisario de policía ignora que en los alrededores de su comisaría hay una casa de tolerancia, resulta inútil para su función o es un cómplice de los tratantes, y sus omisiones contribuyen a consolidar la organización criminal dedicada a la explotación sexual de mujeres y niñas pobres;
2. Cuando la autoridad no frena a los grupos que profesan odio y realizan acciones violentas, serán esos grupos quienes finalmente marquen las pautas de convivencia en las calles consolidando la organización violenta;
3. Si quienes tienen a su cargo los programas de prevención de las adicciones y quienes llevan a cabo las tareas de investigación y sanción de quienes trafican drogas no ponen su máximo esfuerzo para evitar que la salud de la pobla-

61 La visión del delito como una conducta normal dentro de la estructura social ha sido descrita por Emile Durkeim. En Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal” Editorial S.XXI pág. 56.

- ción corra aún más riesgos, contribuyen a que los traficantes se consoliden en el territorio;
4. Hubo jueces y fiscales que trabajaron en las dictaduras. Hubo otros que fueron jueces y fiscales de las dictaduras⁶². Estos últimos contribuyeron a la consolidación de los golpes de estado, pues en el marco de su incumbencia institucional legitimaron la legislación dictatorial y consolidaron así las organizaciones criminales golpistas.

No todas estas omisiones contienen la misma estructura ni relevancia o merecen las mismas consideraciones ni producen las mismas consecuencias. Deben distinguirse tres situaciones en relación a cómo se ubica el funcionario público en relación a las estructuras delictivas, a saber:

1. Si la omisión de la autoridad responde a la misma motivación e intencionalidad que la de los grupos (convergencia intencional), se trata de una situación de coautoría o autoría por infracción de deber, pues el funcionario en esos casos resultará un engranaje más de la maquinaria criminal. En este caso el funcionario forma parte de la organización;
2. Si la omisión del funcionario se motive sólo en un acto venal, allí estaremos frente a un delito autónomo de corrupción pública;
3. Si la acción se limita a una omisión irresponsable es factible que incumpla sus deberes funcionales, situación que puede constituir una falta o un delito según el caso.

Estas omisiones son las que permiten el crecimiento de las pequeñas organizaciones, las que liberan el camino para que pueden convertirse en macroorganizaciones. El que no hace debiendo hacer permite que otro haga.

Si Claudio no hubiese dejado pasar tantas cosas, Calígula hubiese sido Calígula?

62 Auat, Jorge. Segundo Encuentro de Justicia Legítima. Buenos Aires 2015

El criminal más grande es un hombre al que otros hombres debieron ponerle límites cuando tenían el deber de hacerlo y no lo hicieron.

Normativamente podríamos decir que mientras al común de los hombres se les impone el deber de no dañar a otros⁶³, los funcionarios están obligados a evitar que los hombres comunes dañen a otros. El funcionario público no sólo no debe dañar, sino evitar el daño que puedan realizar con sus acciones dolosas o imprudentes el resto de los hombres.

Lo extraordinario del crimen organizado es la participación, por acción u omisión, de funcionarios públicos que, lejos de cumplir su rol general de promover el bien común y específico de ejercer el rol institucional que les compete, permiten que estas organizaciones crezcan y se consoliden.

Este elemento de participación estatal en el delito no es descripto en la Convención de UN contra la Delincuencia Organizada Transnacional ni tampoco en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción.⁶⁴ Sí resulta ser un elemento constitutivo de los delitos de lesa humanidad conforme el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y las exigencias de la doctrina.⁶⁵ La Corte Interamericana ha reconocido, por otra parte, que aún sin tratarse de delitos de lesa humanidad existen casos de graves violaciones a los derechos humanos que deben ser objeto de investigación y eventual sanción por parte de los Estados.⁶⁶

63 El "Alterum non laedere" transmitido por Ulpiano, es uno de los principios del derecho y una regla extendida a otras ciencias. En medicina rige el "primum non nocere" atribuido a Hipócrates

64 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003 y Convención Interamericana contra la corrupción de Caracas de 1996, entre otras.

65 Art. 7 párrafo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, conocido como Estatuto de Roma. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha establecido que "*los 'crímenes contra la humanidad' afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados y que son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.*" (del voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti -consid. 13- Caso "Simón").

66 CIDH "Bulacio vs. Argentina", en:

A su vez, la doctrina penal ha entendido y atendido, en los últimos años, la existencia de especiales deberes de parte de personas que se encuentran en determinado rol social, lo que ha dado lugar a la conformación de nuevas teorías de la autoría: las de dominio por organización y las de infracción de deber.

Este factor extraordinario, la intervención comisiva u omisiva de funcionarios del estado en la criminalidad organizada, debería ser incluido en las convenciones internacionales pues permitiría:

1. visibilizar uno de los factores que inciden en el crecimiento de la criminalidad organizada;
2. posibilitar la imprescriptibilidad de estos delitos, en cuanto la participación de agentes estatales dificulta la investigación y sanción efectiva de quienes cometen estos delitos y participan de las organizaciones;⁶⁷
3. la correspondencia con las posiciones que se abren en doctrina acerca de la autoría por dominio de organización y por infracción de deber de los funcionarios públicos.⁶⁸

www.iidh.ed.cr/comunidades/prevenciontortura/docs/tor_bibjurisprudencia/caso%20bulacio3.htm

67 La Ley 25188 de Ética Pública de la Argentina modificó el art. 67 del Código Penal interrumpiendo la prescripción de la acción penal para los delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

68 Con claridad ha expresado el Tribunal en lo Criminal Federal de la ciudad de La Plata al dictar sentencia en la causa “Dupuy”, en la que se imputaba a los penitenciarios y médicos que durante la dictadura en Argentina desempeñaban funciones en la Unidad Penal 9 de esa ciudad: *“Qué se espera de un policía o de un guardia penitenciario o de un miembro de las fuerzas armadas? Que no torture, que no secuestre, que no mate, que cumpla correctamente su función. Así como se espera que un buen padre cuide a su hijo, que si lo lleva de excursión marítima lo vigile en vez de abandonarlo a su suerte frente al mar bravío. El rol constituye un haz de expectativas que surge de una determinada posición social, al igual que el actor representa algo que ya ha sido determinado de antemano. Los roles definen qué se espera, como dijimos, de un policía, de un médico, de un guardia penitenciario: en puridad se espera que cada uno en su función sea un centinela del bien jurídico”*. V. Falcone, Roberto Atilio y Falcone, Andrés “Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino. Algunas consideraciones acerca del cambio paradigmático en post de un modelo de imputación puramente normativo “en Revista de Derecho Penal y Criminología. Mayo 2012 La Ley pág. 3/22.

IV. Formas de autoría

1. Autoría directa

Es autor, conforme la teoría formal objetiva, quien realiza la conducta descrita en el tipo penal. Quien mata (art. 79 CP) es autor de homicidio; quien se apodera ilegítimamente de una cosa ajena (CP 162) es autor del delito de hurto.

La mayor parte de los autores consideran que los casos de violencia física son casos de autoría directa (v. gr. quien empuja a otro para romper una vidriera comete delito de daño a través de un instrumento); esta situación no puede ser explicada satisfactoriamente con la teoría formal objetiva, pues en rigor la acción desplegada no consistió en romper el vidrio sino en empujar a otro para que lo haga (CP 183). Sí con otras (dominio del hecho). Ahora claro está que quien estaba detrás del autor material es autor directo por haber manejado el curso de la causalidad.

2. Autoría paralela, autoría sucesiva y autoría simultánea. Situaciones de agresión y riña

Los casos que a continuación se analizan resultan ser de autoría directa pese a la participación en carácter de autor en el iter criminis de más de una persona. Se trata de supuestos en los que no rigen las reglas de la coautoría ni tampoco las de la participación criminal.

En la autoría paralela todos ejecutan acciones típicas relevantes para la vulneración del bien jurídico, sin embargo ninguna de las acciones resulta idónea en sí misma para provocar el resultado, siendo posible éste con las acciones conjuntas desconocidas recíprocamente por los sujetos activos. Zaffaroni ejemplifica con el caso de las dosis de veneno suministradas por dos sujetos a la víctima no siendo mortales ninguna de ellas y no conociendo los sujetos que juntas conducirán al resultado fatal, entiende que estamos frente a un problema de causalidad y no de autoría.⁶⁹ En rigor estamos frente a una situación,

⁶⁹ Ob. cit. Pág. 785. La remisión a las cuestiones de causalidad no deja de sorprender en quien la ha criticado férreamente. Las respuestas vienen, hoy día, de mano del desarrollo de las reglas de imputación objetiva.

más allá de cómo se lo quiera calificar, que desemboca en una cuestión de autoría.⁷⁰ Resulta evidente que si cada uno deber responder por lo que quiso e hizo y si ninguna de las dosis resultan mortales en sí mismas, desde un punto de vista objetivo la imputación no puede superar la tentativa acabada.

En la autoría sucesiva existe un segmento de conducta realizada por una persona que abarca determinada tipicidad, situación que luego es completada por otra que desconociendo la obra anterior completa una tipicidad más grave u otra diferente. Por ejemplo, alguien deja moribundo luego de una terrible paliza a una persona (lesiones graves del art. 90 del CP), y otra que pasa y la reconoce como enemigo aprovecha la situación y la arroja al río. No existe posibilidad de atribuir homicidio al primer sujeto.

En la autoría simultánea o conjunta dos personas realizan acciones que consideradas individualmente resultan idóneas para producir el resultado (ambas apuñalaron en el pecho al occiso). En este caso ambas responden por homicidio. La cuestión se torna compleja en el caso en que sólo una de las acciones es la que precipitó la muerte. En estos casos uno debe responder por tentativa y otro por homicidio; y en tanto y en cuanto no pueda determinarse quién realizó una u otra conducta deberá imputarse tentativa a ambos por la limitación impuesta por el principio constitucional del “favor rei”.

Un caso especial se da en los supuestos de lesiones u homicidio como consecuencia de agresiones o riña “...sin que constare

70 La cuestión fue tratada en el fallo de la CSJN “Varando” Fallo V. 651 XXXIX, de fecha 2/10/2004, vinculado a los luctuosos sucesos que culminaron con el derrocamiento del gobierno democrático de Fernando de la Rúa. Un estudio de la autoría paralela en el muy bien fundado dictamen del Procurador Fiscal, aunque la Corte acogió el recurso en atención a la arbitrariedad de la resolución de la Cámara Federal que no presentaba fundamentos mínimos que probara que algún disparo que dio en el cuerpo de la víctima hubiese salido del arma de Varando. El fallo de la Corte y el dictamen del Procurador evidencian un abuso de la construcción dogmática para la imputación de hechos graves sin evidencias que conduzcan directamente a la autoría. La construcción de categorías penales a partir de ausencia de evidencia que permita acreditar quién es el autor de un crimen es un recurso violatorio del “pro homine”, pues esa construcción se realiza para buscar alguien a quien ponerle el sayo. La ley prevé la situación sólo para los casos de lesiones u homicidio en riña, lo cual no es poco en atención a las críticas que han recibido estas figuras en relación al principio de culpabilidad penal (art. 95/6 del CP).

quiénes las causaron...”. La ley, ante la imposibilidad fáctica de determinar el autor, reparte una pena proporcionalmente menor entre todos los que ejercieron actos violentos imponiendo una pena sensiblemente menor. Se trata de una salida de política criminal tendiente a evitar la impunidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que este tipo de construcciones no vulneran el principio de culpabilidad.⁷¹

En todos estos casos, pese a que interviene en la ejecución del hecho más de una persona, no hay ni convergencia intencional ni división de roles o funciones. No se dan los principios de la participación criminal o las características constitutivas de la coautoría, y cada cual responde como autor por su aporte.

3. Autoría mediata

Se trata de la utilización de otra persona que actúa con la voluntad viciada por error⁷², por coacción⁷³ o por tratarse de un inimputable⁷⁴. En estos casos la persona utilizada no responde trasladándose la imputación a quien la utilizó.⁷⁵

Se cuestiona qué pasa en los casos en que la imputabilidad no es plena⁷⁶ y en aquellos en que la coacción no es de un grado tal que

71 CSJN in re “Antiñir” del 7/4/2006, citado por D’Alessio, Andres y otros. “Código Penal comentado” Ed. La Ley T. II. Pág. 97

72 Caso del médico que entrega a una enfermera una inyección letal para ser aplicada a un enfermo. Welzel, ob. cit. pág. 122

73 El novio que con amenazas graves obliga a su novia a tomar un abortivo. Welzel. Ob. cit. Pág. 123

74 Para Zaffaroni los casos de incapacidad que no permiten atribuir sentido final a la conducta resultan ser de ausencia de acción, y los de inimputabilidad de instigación y no de autoría. Es decir, considera al inimputable autor. Argumenta en base a la instigación al suicidio y la autolesión. La autolesión y el suicidio no resultan conductas punibles, sí quienes lo determinan o instigan.

75 Esta modalidad de autoría no tiene respuesta satisfactoria con la teoría formal objetiva, siendo necesario recurrir a las teorías del dominio del hecho y a las de infracción de deber según el tipo de delito (de dominio o de infracción de deber respectivamente).

76 Zaffaroni entiende que en estos casos el inimputable no pierde la calidad de autor, atribuyendo a la persona que lo determinó el carácter de instigador o autor por determinación. En sentido similar Welzel, ob. cit. Pág. 124, quien ejemplifica con el

lleve a la inculpabilidad. En mi opinión allí no habrá autoría mediata sino instigación. La distinción entre instigación y autoría mediata resulta relevante en atención al principio de ejecución; así las acciones desarrolladas por un instigador quedarán impunes en el caso que el ejecutor no realice actos de ejecución, en tanto las del autor mediato implican comienzo de ejecución y resultan punibles. A los clásicos casos de autoría mediata antes descriptos se agrega el manejo de estructuras organizadas de poder, categoría creada por Claus Roxin⁷⁷ y que fue receptada en la Argentina en el juzgamiento de los Comandantes de las Juntas Militares que usurparon el poder a partir de 1976.⁷⁸ Aquí, a diferencia de los otros supuestos de autoría mediata, el ejecutor es responsable a título de autor directo. Esta categoría supone la existencia de cadenas de mandos, actuar dentro de esa estructura al margen de la ley y la fungibilidad tanto del ejecutor como de los cuadros intermedios.⁷⁹ Ha sido utilizada tanto para fundamentar la responsabilidad de quien está en la cúspide de la estructura ilegal como para explicar la de los cuadros intermedios a partir de la derogación de las leyes de obediencia debida y punto final.⁸⁰

La teoría atribuye autoría a quién se encuentra detrás del hecho, lo cual supone mayor responsabilidad a medida que se asciende en la pirámide de mandos, ello hasta llegar al que se encuentra en la cúspide. Todos los cuadros intermedios constituyen una cadena de autores mediatos. En rigor quienes mayor responsabilidad tienen resultan ser quienes se encuentran en los extremos de la cadena, es decir, quienes dan las órdenes y quienes las ejecutan, lo cual no des-

caso de niños que comprenden perfectamente lo que hacen pero que no son imputables por razones legales.

77 Roxin, Claus, ob. cit. pág. 269/70 se inspiró en los casos “Staschynski” (v. supra punto 3.2) y “Eichmann”, este último juzgado en Israel por el exterminio en los campos de concentración durante la vigencia del nacionalsocialismo. Sobre el caso “Eichmann” el ameno y no menos ilustrado relato de Favarotto, Ricardo Silvio “Derecho Penal Internacional” Ediar año 2009. Más ampliamente, Arendt, Hannah “Eichmann en Jerusalem”. Editorial Lumen 1967. Barcelona.

78 CSJN Fallos 309 T 2. Un análisis de esta teoría en De Luca, J.A.v. nota 28.

79 Roxin, a partir de las opiniones de Schoreder, ha sumado otra exigencia: la elevada disposición al hecho del autor, lo que podríamos traducir en una especie de adscripción a la ideología de esa estructura de poder y de sus finalidades. V. Falcone, R. y A. ob. cit.

80 Casos del Tof 1 de La Plata “Etchecolatz”, “Von Wernich”.

virtúa la que también tienen quienes las transmiten, pues sin éstos resulta imposible que las órdenes lleguen de quien las da a quien efectivamente las ejecuta.⁸¹ De allí que se sostiene que sea autor tanto el que da la orden, como quien la transmite por teléfono, como quien aprieta el gatillo⁸².

No se encuentra pacíficamente admitida,⁸³ sin embargo ha sido utilizada para fundamentar muchas sentencias condenatorias tanto en nuestro país como en el extranjero en relación a crímenes de estado⁸⁴. Las críticas que se han realizado han sido varias. En mi opinión hay dos cuestiones que son difíciles de aceptar. En primer lugar la pluralidad de autores mediatos, parecería un contrasentido la existencia de una pluralidad de autores respecto de un hecho único: se es autor o se es coautor, pero múltiples autores mediatos parecería que contradice la idea de autoría que supone tan sólo un señor del hecho. Si existen plurales personas que dominan el hecho el concepto es el de coautoría. En segundo término, como sostienen Jescheck y Jakobs, es difícil de aceptar la autoría mediata cuando el ejecutor es plenamente responsable y no se trata de un instrumento del autor de atrás.⁸⁵ Estos doctrinarios son partidarios, en esos supuestos, de la coautoría.⁸⁶ En la sentencia de la causa 13 se admitió la posibilidad de la coautoría “.....podría sostenerse... con razonable fundamento que es de aplicación al caso una coautoría por división de funciones...”. Ocurre que en esa oportunidad sólo se juzgó a quienes se encontraban en la cúspide del poder y no a toda la estructura represiva.⁸⁷

81 Se podría graficar la teoría con el dibujo de un reloj de arena recostado, donde los extremos son los que mayor volumen tienen, afinándose al centro por donde pasan los granos de arena.

82 Roxin, ob. cit. pág. 276.

83 Lo reconoce el propio Roxin, v. ob. cit. Pág. 723 y ss.

84 Ambos, Kai “Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado.” Pág. 28 ed. Rubinzal Culzoni. Tercera ed. Año año 2010.

85 Ambos, Kai, ob. cit. Parg. 28. Del mismo Roxin pág. 725. Ese ha sido el criterio en el juzgamiento del TOF de Mar del Plata en los casos “Labolita” y “Malugani”.

86 La crítica a esta posición establece la ausencia de relaciones horizontales entre el autor de atrás y el ejecutor, típicas de la coautoría y, por otra parte, la ausencia de actuación en conjunto. V. Ambos, Kai, ob. cit. Pág. 37.

87 Fallos 309 T. II pág. 1603

4. Coautoría

Difícilmente ocurre en la acción criminal que dos personas realicen la acción típica, pero lo que sí resulta usual es que la obra delictiva provenga del reparto de roles y funciones en acciones igualmente relevantes (uno sujeta a la víctima y el otro la apuñala; un sujeto apunta con el revólver y los otros se apoderan del dinero). Por ello la coautoría constituye un caso de división de roles y funciones en relación al hecho total.⁸⁸

En los delitos de infracción de deber la cuestión es un tanto más discutida. Roxin sostiene, en opinión que comparto, que es posible la coautoría. Piénsese, por ejemplo, en dos guardiacárceles que permiten la fuga de presos, abriendo en forma simultánea uno la primera puerta y el otro la segunda. El ilícito es la fuga de presos a través del delito de facilitación de la evasión, y ambos contribuyen al plan total a través del incumplimiento de deberes compartidos. Si existen deberes compartidos, existe la posibilidad de su incumplimiento doloso.

5. Actuar en nombre de otro

Los déficits y críticas para la imputación en los delitos especiales y en los que se utilizan personas jurídicas⁸⁹ llevo a que la doctrina estableciera la categoría del actuar en nombre de otro.

Varias legislaciones la han incluido⁹⁰, e incluso ha sido incluida en los anteproyectos de 2006 y 2014; este último preveía en el art. 10 que *“1. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible aunque no concurrieren en él las calidades legales del autor, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare. 2. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz”*.

⁸⁸ Cfr. Roxin, C. ob. Cit.

⁸⁹ Ya observamos que esto no es así para Zaffaroni. V. nota 37.

⁹⁰ V. gr. Art. 14 del Código Penal Alemán. Ver el análisis de Jakobs, ob. Cit. pag 724 y ss.

En el año 2011, al sancionarse la ley 26683 de prevención y sanción del lavado de activos, se modifica el código penal y se incluye el título de delitos contra el orden económico y financiero. Para el caso de lavado se prevé específicamente el actuar en nombre de otro. Así el nuevo artículo 304 del código penal establece que cuando esos hechos hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad diversas sanciones conjunta o alternativamente (multa, suspensión de las actividades, suspensión a participar en concursos o licitaciones, cancelación de la personería, pérdida y suspensión de beneficios estatales). Las mismas previsiones para los casos de intermediación financiera ilegal, cohecho bursátil y las nuevas figuras delictivas previstas en ese nuevo título del código penal argentino.

V. Participación criminal

1. Introducción y principios

El estudio de la participación criminal supone tener resuelta la autoría. Sin autor o coautores no hay participación. Debe distinguirse esta situación de la imposibilidad de dar con el autor en un caso determinado. Conceptualmente no puede determinarse participación criminal si no podemos describir la conducta del autor, pero descripta la conducta del autor, no hay inconveniente en sancionar a los partícipes aunque no se lo haga con el autor por la imposibilidad investigativa de dar con él. Algunos fallos, ante la imposibilidad de determinar quién es el autor, han considerado a todos los intervinientes partícipes del delito, “beneficito rei”⁹¹.

Existen, en nuestro sistema legal, tres formas de participación criminal: instigación, participación primaria y complicidad secundaria.

⁹¹ Así lo hizo, en voto mayoritario, la Sala III de la Cámara en lo Penal de Mar del Plata in re “M.A y S.C. s/ homicidio” C. 27.861 fallada el 4/10/90. Se trataba de un caso donde varias personas habían disparado contra otras y no se pudo establecer quien había hecho el disparo mortal. El voto de la mayoría consideró que todos debían responder como partícipes.

La participación presupone algún tipo de actividad con anterioridad o en forma concomitante con la acción del autor. Las acciones posteriores a la consumación del delito, salvo el caso de existencia de promesa anterior, constituyen en nuestro sistema una infracción penal autónoma: encubrimiento.

La exposición que a continuación se desarrolla está dirigida solo a los delitos dolosos. La mayor parte de la doctrina sostiene que en los delitos de dominio solo puede existir participación en los delitos dolosos, puesto que en los culposos todo aporte causal constituye autoría, tratándose de aportes a la infracción al deber de cuidado.⁹² Es minoritaria la opinión de quienes sustentan la participación en los delitos culposos, cuestión que más adelante trataremos.⁹³

La punibilidad del partícipe en los delitos de infracción de deber es discutida, pues el fundamento del castigo al autor no es el dominio del hecho sino la infracción a un deber especial y personal, razón por la cual resulta dudosa su comunicación a los partícipes.⁹⁴ La participación en delitos de omisión y de comisión por omisión, todos de infracción de deber, merecerá un tratamiento especial.

2. Accesoriedad

Debemos recordar, en primer lugar, que la participación criminal resulta siempre accesoria del hecho del autor, lo cual implica que no puede haber participación sin una clara referencia a cuál es el hecho atribuible al autor. A partir de allí se construirá la participación, teniendo en cuenta que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.⁹⁵

92 Righi, Esteban “Derecho Penal. Parte General” Ed. Lexis Nexis año 2007 pág. 394 con cita de Welzel, Bockelman, Jescheck, Stranterwerth, Jakobs y Bacigalupo).

93 Soler, S. ob. cit. T.II pag 279. Sostiene la instigación de quien incita a otro a elevar la velocidad a un límite no permitido. En igual sentido Roxin, ob. cit. Pág. 596

94 Righi, ibídem.

95 Se trata de un principio general del derecho, receptado en el código civil (arts. 524 y 2571).

2.1. Sistemas de accesoriidad

El sistema del código pretende que la actividad de quienes participan en un crimen no quede impune, pero que éstos no respondan más allá de su comprometida participación en el hecho (CP 47).

Los sistemas penales siguen, en su gran mayoría, el sistema de *accesoriidad limitada*, esto es, el aporte del partícipe debe coincidir sólo con el injusto. Resulta suficiente una coincidencia con la tipicidad y la antijuridicidad; no se requiere con la culpabilidad del autor, sistema que restringiría la punibilidad de los partícipes. Así el instigador que persuade a otro de cometer un homicidio y éste realiza el hecho en ebriedad completa e involuntaria, debe responder aunque no lo haga el autor, pues la eximente de responsabilidad no le cabe. Los sistemas de *accesoriidad extrema*, que incluyen la culpabilidad, no haría en estos casos responder al instigador.

Tampoco responde al sistema de nuestro código situaciones de *mínima accesoriidad* que hagan responder a quien no se quiso comprometer con el hecho del autor. Nuestra ley limita la responsabilidad hasta el compromiso del partícipe: “*Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar*” (CP 47). Así quien no quiso realizar el robo con armas, no debe responder por el uso que de ellas realice el autor; tampoco parece adecuado a nuestro sistema legal que el coautor del robo responda por el homicidio de su consorte de causa ante la reacción de la víctima.⁹⁶

La accesoriidad resulta relevante, como veremos, por la comunicabilidad de las circunstancias.

2.2. Comunicación de las circunstancias del autor al partícipe

Las circunstancias son aquellos accidentes o calidades típicos que agravan o atenuan la sanción penal. Las circunstancias típicas agravantes incrementan la disvaliosidad del hecho (v. gr. el parricidio 80

⁹⁶ Así lo entendía la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires in re “Galván”. Trata profusamente la cuestión Scimaz, Alexis “El delito de homicidio en ocasión de robo” Ed. Ad Hoc año 2002 pág. 286 y ss.

inc. 1º), en tanto las atenuantes (la emoción violenta 81 del CP) la disminuyen. Las circunstancias típicas agravantes se comunican sólo cuando son conocidas por el partícipe; las típicas atenuantes “sólo al autor o cómplice a quienes corresponda” (CP 48). Lo que se comunica del autor al partícipe es el injusto y las agravantes, pero éstas últimas en tanto y en cuanto las conozca el partícipe, según indica la armónica interpretación de los artículos 47 y 48 del código penal. Así en el parricidio se transmite la agravante típica si el partícipe conoce acerca de la relación de parentesco que agrava el tipo básico (art. 80 inc. 1 del CP); en los casos de homicidio preterintencional, esta circunstancia atenuante típica aprovecha a quienes hayan participado en el hecho. No ocurre lo mismo con la emoción violenta, pues esa vivencia parecería intransferible desde un plano psicológico y normativo (hace a una disminución de la culpabilidad y no del injusto).⁹⁷

Lo que no se comunica, conforme nuestro sistema de accesoriidad limitada, es la culpabilidad y la correspondiente graduación de la pena conforme las circunstancias genéricas que hacen a su determinación (arts. 40 y 41 del CP).⁹⁸ Por ejemplo, no se transmite favorablemente una situación de inimputabilidad (que hace a la culpabilidad) o la miseria para ganarse el sustento que indica una mayor vulnerabilidad del autor (art. 40 y 41 del CP). Las circunstancias personales genéricas tampoco no se transmiten; no integran el injusto sino que se vinculan con la determinación judicial de la pena.

Las circunstancias siempre se transmiten del autor al partícipe y no del partícipe al autor. Lo accesorio (la participación) sigue a la autoría (lo principal).

Esta transmisión de las circunstancias del autor al partícipe se denomina comunicabilidad de las circunstancias.

⁹⁷ Quien en el marco de una discusión pasional acerca un arma de fuego a uno de los contendientes no debería ser alcanzado por la atenuante típica.

⁹⁸ Recordemos que el principio de culpabilidad no sólo es limitador del “ius punendi” estatal al reclamar que no hay pena sin culpa, sino también de la pena, en tanto indica que a mayor culpabilidad mayor pena y viceversa.

2.3. Convergencia intencional

Todos los partícipes del delito deben dirigir sus voluntades a la realización de la obra del autor. Esto se denomina convergencia intencional. Es uno de los argumentos para descartar la participación en los delitos culposos, pues si hay intencionalidad hacia el hecho común habría dolo y no culpa. Quienes sostienen lo contrario indican que la violación de los deberes de cuidado que implica el tipo culposo implica la dirección de las voluntades hacia otra finalidad, motivo por el cual no puede descartarse la participación en los delitos culposos. (v. gr. la infracción hacia los límites de velocidad, que efectivamente se quiere por todos los que intervienen en un hecho, puede ser estimulada por el acompañante del conductor).

2.4. Comunidad de acción

La convergencia intencional de los partícipes debe estar dirigida a un mismo hecho; no existe participación criminal si entre la acción desarrollada por el autor y la que se comprometieron a colaborar los partícipes existe divergencia. La ley establece que *“Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar”* (CP 47).

Si el autor decide realizar un robo a una agencia de automóviles y el partícipe a un supermercado que nada tiene que ver con la primera, resulta evidente que no existe comunidad de acción. La comunicación humana entre ambos ha fallado en relación a qué acción realizar en forma mancomunada, en consecuencia no puede afirmarse la participación criminal.

La cuestión tiene relevancia en la instigación, cuando el autor (determinado a actuar por el primero) se excede en el mandato.⁹⁹

99 V. Infra punto V.5.

2.5. Principio de exterioridad

El derecho penal sólo juzga acciones que se dan en el mundo de la realidad y que deben ser captadas en la ley penal. El pensamiento, la intención y hasta las acciones previas que no son captadas por la ley no son objeto de castigo.

Puede ocurrir que una persona se comprometa en la ejecución de un delito, que desarrolle acciones tendientes a contribuir con el autor, pero si éste no ha comenzado la ejecución del delito no puede responsabilizarse a quien intentó colaborar, pues no han existido acciones típicas relevantes. Si el autor no ha comenzado a desarrollar acciones que el derecho penal considera relevantes (principio de ejecución de la tentativa), las realizadas por quienes quisieron ser partícipes resultan intrascendentes para el derecho.

La acción debe haber tenido comienzo de ejecución típica, pues de lo contrario no habría posibilidad de extender la imputación al partícipe (v. gr. si el ladrón decide retirarse del banco en el que iba a robar, el chofer que se encuentra afuera esperando no puede responder).

3. Participación primaria

La ley sanciona a quienes “...*presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito...*” (art. 45 del CP).

Complicidad primaria o participación primaria es la de aquellos que sin realizar la acción típica o sin haber gestionado el plan final con división de roles y funciones, desarrollan acciones que resultan necesarias para las planeadas por el autor. Es decir, la distinción entre participación primaria y autoría o coautoría se realiza por exclusión; serán partícipes primarios todos aquellos cuyo aporte fue imprescindible para la comisión del delito de quienes no pueda establecerse autoría o coautoría.

Cuándo la acción de un partícipe resulta necesaria es una cuestión que se vincula a las concretas circunstancias del caso, en relación al modo, tiempo, lugar y personas en que se desarrollan las acciones. Estas circunstancias pueden determinar autoría, participación primaria, secundaria, encubrimiento o no imputar ninguna de estas situa-

ciones. Veamos qué puede suceder con quien recibe un automóvil robado en un taller. Puede ser el autor mediato, si ejerció coacción sobre otro para realizar el robo; puede ser partícipe primario, si brindó información esencial para la ejecución del delito; o partícipe secundario, si se comprometió con anterioridad al robo a recibir el automóvil, o encubridor, si sabiendo que el automóvil era robado lo recibe sin haberse comprometido con anterioridad a recibirlo, o su conducta no tener ninguna relevancia para el derecho penal si ignoraba por completo el origen ilícito el vehículo. Como vemos, son las circunstancias fácticas de tiempo, modo, lugar y personas las que nos llevan a concluir en una u otra situación. Una vez determinada las situaciones de hecho se observará la relación de la persona en relación al hecho criminal y en qué grado debe o no responder.

La cuestión más compleja, desde un punto de vista práctico, en atención a las consecuencias que se presentan por la pena a imponer, es distinguir entre partícipes primarios y secundarios. Varias han sido los criterios para distinguirlos.

Soler utiliza el método de eliminación mental hipotética para determinar la participación primaria; si eliminando ese aporte el hecho no se hubiese producido estaríamos frente a un caso de participación primaria, de lo contrario la participación resultará secundaria.¹⁰⁰ Claro está que esta distinción dependerá siempre de las circunstancias del caso, resultando arbitrarias las generalizaciones que puedan efectuarse, como lo advierte el mismo autor, y dependiendo la participación de la naturaleza del aporte.

Gimbernat Ordeig¹⁰¹ desarrolló, para conceptualizar la diferencia entre partícipes primarios y secundarios, la teoría de los bienes escasos; así el chofer de una banda que decide asaltar una estancia en el medio de la Patagonia realiza un aporte fundamental, pues su contribución, en atención a los pocos o nulos choferes a conseguir en el medio de la estepa sureña, hace que su contribución resulte necesaria

100 Soler, S. ob. cit. Pág. 271 y ss.

101 Gimbernat Ordeig, "Autor y cómplice en derecho penal" Universidad de Madrid 1966. Esa posición es sostenida por el Superior Tribunal Español en reiteradas sentencias y entendida por Donna como la que mejor explica la distinción entre complicidad primaria y secundaria. Donna, E. "La autoría y la participación criminal" Ed. Rubinzal Culzoni año 1998 pág. 69 y ss.

para concretar el plan del autor. No sería igual la situación en el medio de una gran urbe.¹⁰² Es decir, la escasez de los recursos con los que cuenta el autor al desarrollar su estrategia delictiva (plan del autor) es un elemento que puede contribuir a dirimir la cuestión. Algo parecido podría establecerse con el campana, si su contribución al hecho fue o no determinante para el plan global del autor es una cuestión de hecho que deberá ser estudiada en cada caso.

Zaffaroni sostiene que el criterio de distinción resulta de valorar el aporte del partícipe al plan del autor. Ubicándonos en el plan del autor podremos determinar si el aporte del partícipe era o no necesario para la consumación del delito.¹⁰³

Más allá de cuál teoría decida utilizarse resulta relevante, desde un punto de vista práctico, recordar la opinión de Carrara, quien advertía que el aporte aparecerá siempre como necesario si se lo valora “post facto” y que, viceversa, parecerá accesorio si se lo tiene en cuenta en abstracto¹⁰⁴, motivo por el cual el intérprete deberá ponerse siempre en situación del autor al momento de comenzar a desarrollar su plan criminal.

4. Participación secundaria. Encubrimiento

Tanto la participación secundaria como el encubrimiento llevan a una disminución sensible de las penas a imponer; de un tercio a la mitad en la participación secundaria respecto de la que correspondería al autor del delito, en tanto en el encubrimiento existe una pena general de seis meses a tres años de prisión, que puede duplicarse en algunos casos.¹⁰⁵ Esta sensible reducción de la pena hace que resulte frecuente el planteo de estas cuestiones por parte de las defensas.¹⁰⁶

102 Sobre la equívoca situación de los choferes y los campanas en la jurisprudencia, que en algunos casos son considerados partícipes primarios y otros secundarios v. Manigot, Marcelo A. Código Penal Anotado y Comentado. T. I pág. 140. Ed. Abeledo Perrot año 1978.

103 Ob. cit. Pág. 804.

104 V. Soler, S. ob. Cit. Pág. 272. En el mismo sentido Zaffaroni, ob. cit. Pág. 804.

105 El encubrimiento se encuentra previsto en el Capítulo XIII del libro 2 del Código penal, a partir del art. 277. La ley prevé en el tipo básico una pena de seis meses a tres años de prisión al que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado ayudare a eludir las investigaciones, ocultare, alterare o hiciere

La ley establece que *“Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años”* (art 46 del CP).

Las formas de complicidad secundaria reconocidas por la ley son dos: la simple cooperación en el delito, y la complicidad posterior con promesa anterior.

Los casos de simple complicidad secundaria hay que distinguirlos de la primaria conforme los criterios expuestos en el punto anterior.

La cooperación no sólo puede ser física, sino también psíquica. La complicidad psíquica admite el consejo técnico (indicaciones que llegan al autor por la vía de la experiencia, de la capacitación personal o profesional o de las indagaciones previas del cómplice).¹⁰⁷

La otra modalidad de la complicidad psíquica resulta el reforzamiento en la decisión del autor. En este último caso debe existir promesa anterior y contribución posterior. Tiene que haber existido un desarrollo ejecutivo del delito suficiente (al menos tentativa). La ley excluye la posibilidad de que una vez consumado el delito la contribución posterior pueda ser necesaria, lo cual indica que si el delito no se consumó las acciones basadas en promesas anteriores pueden

desaparecer pruebas, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito, no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole o asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito. Las penas se duplican, entre otros casos, cuando la pena mínima del delito fuera superior a tres años de prisión.

106El menor grado de participación criminal, secundaria, es utilizado por la jurisprudencia para atenuar la sanción penal (Roxin, pág. 680). “...crímenes violentos nazis han sido castigados con penas llamativamente leves; en una parte relevante de estos casos, condenando como cómplices a autores de asesinatos” (Congreso Alemán de Juristas, Roxin nota 247 pág. 681).

107 Zaffaroni ejemplifica con el entregador y el planificador. Sin embargo, si se sigue el criterio de Zaffaroni para distinguir entre partícipe primario y secundario es posible que en relación al plan del autor puedan existir situaciones de entrega o de planificación que resultan necesarias para la consumación del tipo. Zaffaroni, ob. cit. Pág. 805.

ser consideradas, de acuerdo al aporte realizado, como necesarias. Pero si la ayuda es posterior a la consumación sólo existe posibilidad de que se trate de supuestos de complicidad secundaria, ello en tanto y cuanto haya existido promesa anterior. Las contribuciones que se prestan con posterioridad a la consumación y que no han tenido promesa anterior son supuestos de encubrimiento, receptados en un tipo autónomo del delito antecedente (CP 277).

Una situación excepcional se prevé en el art. 133 del código penal para los partícipes secundarios. Establece la norma que en delitos contra la integridad sexual los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y las personas que con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en ese título serán reprimidos con la pena de los autores. Es decir, aún los partícipes secundarios merecerán la pena de los autores cuando hayan contribuido de modo no esencial en la comisión del hecho. Así, los facilitadores del abuso sexual infantil que se encuentren en esta posición deberán responder como los autores (v. gr. las madres que toleran que el padrastro o el conviviente abuse de sus hijos; el párroco que permite que uno de los auxiliares de la Iglesia ultraje a los niños; el conductor del taxi que consiente el abuso sexual que se realiza en su vehículo).

5. La instigación. El exceso en el instigado

La ley establece que en la misma pena que los ejecutores del delito incurrirán aquellos que “...hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo” (CP 47). Se trata de los casos de instigación.¹⁰⁸

El fundamento de igual castigo para el instigador es su carácter determinante en la toma de decisión de parte del autor del crimen.¹⁰⁹ El delito es concebido así no sólo como una obra material sino inma-

108 Zaffaroni, en opinión que compartimos, extrae del texto la autoría mediata. Así formula la categoría de determinadores, incluyendo aquí a los autores mediatos y a los instigadores. Sus fundamentos son sólidos no sólo desde un punto de vista gramatical, sino también en relación a las fuentes históricas y permite superar las cuestiones de impunidad que se presentan en los “delicta propria”. ob. cit. Pág. 787.

109 Soler. Ob.cit. 274; Zaffaroni, ob. cit. 802 y ss.

terial, castigándose no la idea sino el darla, sugerirla o insinuarla, en tanto y en cuanto ello determine al autor a su comisión.¹¹⁰

La imputación de instigación sólo es posible si el autor desarrolla sobre la psiquis del otro una actividad que lo determine al crimen. Eso es lo que indica la ley al requerir que la determinación debe ser directa, es decir, que lo que lleve a la acción criminal o cierre la decisión antes tomada debe ser la actividad de quien instiga. Si la decisión estaba tomada de antes no hay posibilidad de imputar instigación.¹¹¹ Es pacífica la doctrina al establecer que esa es la interpretación para el adverbio “*directamente*”, no exigiéndose que el contacto entre el instigador y el ejecutor del delito sea inmediato, y aceptándose la posibilidad de personas intermedias. Puede existir cadena de instigadores. Las organizaciones criminales manejan ese tipo de situación, los dueños del negocio se encuentran lejos de la acción criminal para evitar ser descubiertos con sangre en las manos.

La acción del instigador debe estar dirigida a persona o personas determinadas; las instigaciones públicas y no dirigidas a personas determinadas son captadas por el legislador en la figura especial del art. 209 del CP.

Las formas de instigación no están sujetas a pautas rígidas, la determinación a la comisión del delito puede mutar en diversas acciones. Carrara describió el mandato, el consejo y la sociedad, pero la ley no distingue ni especifica las formas. Un simple guiño de quien ejerce influencia en el grupo sobre los ejecutores puede constituir instigación. La coacción y la persuasión sobre inimputables no pueden descartarse cuando por su intensidad o por las patologías leves del sujeto al que son dirigidas no tienen entidad para excluir la culpabilidad.¹¹² El homicidio por precio o promesa sólo puede entenderse a partir de una situación de instigación.¹¹³

Como la instigación es una forma de participación solo es punible el accionar del instigador si existió principio de ejecución de

110 Influencia espiritual, en opinión de Welzel. Ob. cit. Pág. 139.

111 Habrá que considerar la posibilidad de complicidad primaria o secundaria conforme el aporte realizado. V. supra IV.3.

112 Welzel, H. ob. cit. Pág. 139; Cfr. Supra IV.3.

113 Welzel, H. ob. cit. Pág. 139.

parte del instigado, esto es, la tentativa de instigación no resulta castigada.¹¹⁴

Una cuestión compleja resulta la responsabilidad del instigador por los excesos cometidos por el instigado, la que, conforme opinión de Bacigalupo, debe limitarse en razón del principio de culpabilidad.¹¹⁵ Soler entiende que para excluir la responsabilidad del instigador el hecho cometido por el instigado debe ser cualitativamente distinto (v. gr. si se encargó un homicidio y se cometió un parricidio; o si se encomienda un hurto que termina en un robo con armas). No puede considerarse exceso cualquier variación en que el ejecutor incurra (v. gr. si se instigó el homicidio de A y se mató a B por error "*in personam*"). Si no existe una desviación que represente una alteración fundamental el instigador debe responder; debe tenerse en cuenta que la instigación se refiere siempre a un hecho futuro, razón por la cual difícilmente exista una coincidencia perfecta entre el hecho realizado y el encomendado. La utilización del dolo eventual es recomendada por Soler para delimitar la responsabilidad¹¹⁶.

Claro está que si el instigado comete un delito menor al encargado el instigador responde, en atención al principio de comunidad de acción, por el hecho ejecutado y no por el hecho encargado.¹¹⁷

6. La neutralidad o inocuidad del aporte

Se trata de una construcción que parte de doctrina de Welzel sobre adecuación social del hecho, y que se perfeccionara con la del riesgo permitido de Roxin y la de las esferas de competencia en los roles de Jakobs. Básicamente: las conductas que se encuentran dentro de la competencia del autor o del partícipe no tienen relevancia jurídico

114 El código penal alemán sí la castiga en el § 30. El origen de la norma es el llamado párrafo Duchesne del art. §49 del anterior código penal alemán. Duchesne se había ofrecido al jesuita provincial de Bélgica y al Arzobispo de París para matar al Conde Bismarck. V. Soler, S. ob. cit. Pág. 275 nota 7.

115 Bacigalupo, E. ob. cit. Pág. 209.

116 Soler, S. ob. cit. Pág. 279/80. En igual sentido la SCJBA (sentencia del 19/9/2007) en el famoso caso "Cabezas" estableciendo que "*el instigador puede actuar con dolo eventual*", ello al tratar la responsabilidad de Gregorio Rios, jefe de custodios de Alfredo Yabrán, con profusas citas.

117 Bacigalupo, E. ob. cit. Pág. 209.

penal, pues se trata de situaciones amparadas en el marco de libertad de la vida social consagrados por el principio constitucional de reserva (v. gr. *el chófer que prosigue el el viaje a pesar de descubrir que uno de sus pasajeros lleva droga dentro de su equipaje; el caso del vendedor de una sevillana con la que en forma inmediata el comprador da muerte a la víctima*¹¹⁸).

La cuestión no es pacífica cuando el contexto permite el desarrollo de la acción y el sujeto, aprovechándose de esa situación, utiliza sus conocimientos especiales para el desarrollo de la acción (v. gr. respecto de los ejemplos anteriores; el chófer es un policía que está obligado a hacer cesar el delito y conoce el lugar dónde van los pasajero; el vendedor de la sevillana ha presenciado una fuerte discusión hace instantes entre el comprador y su mujer que lo está esperando afuera).

En la jurisprudencia argentina han existido varias referencias al tema. Veamos.

Caso "Smart"

Es el caso del Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires desde el año 1976 al año 1979, del cual dependía la policía de esa provincia bajo el mando del General Camps y de su colaborador el Comisario Etchecolatz. La sentencia descartó que en tal función, y como lo alegó el imputado, su aporte a la privación ilegal de la libertad, tormentos y asesinatos de quienes eran etiquetados como subversivos fuese neutro. Dijo el Tribunal que Smart *"...brindaba toda la asistencia necesaria para que la policía pudiese cumplir su cometido. A través de su cargo, remitió recursos para que personas secuestradas y atormentadas en dependencias policiales fueran mantenidas allí, en condiciones infrahumanas, doblegando su resistencia moral, lo que seguramente pensó le permitiría alcanzar el éxito. Y no ignoraba que las personas secuestradas en esas dependencias se encontraban al margen de la más mínima protección jurídica porque, el propio Etchecolatz dijo en su presencia, ...que todos sabían de la existencia de prisiones de guerra en las comisarías bonaerenses..., y cuando se le preguntó por qué no se aplicó el derecho internacional humanitario, contestó que se trataba de una guerra no convencional". "Utilizando su cargo político entonces, facilitó la utilización de*

118 Caro John, J. E. ob. Cit. Nota 39.

todos los mecanismos y modalidades implementados en la lucha antisubversiva. No puede excluirse su responsabilidad frente a los hechos que aquí se juzgan, puesto que 'su conducta no fue neutra o inocua, no fue una conducta ajustada a su profesión u oficio'. Las conductas que se ajustan a su profesión u oficio fueron definidas por José Caro John como aquéllas que, ... hacen referencia al sentido que reúne el comportamiento que no alcanza el nivel de una intervención o participación punible en un determinado contexto social. (Dos consecuencias de un modelo de imputación basado en roles: neutralidad de la conducta e irrelevancia penal de los conocimientos especiales, José Antonio Caro John y Miguel Polaino-Orts, inédito pág.5). Las acciones desplegadas por Smart al frente de su Ministerio no fueron superfluas, sino que tuvo un claro sentido criminal"¹⁹.

Caso Blaquier

Otro caso vinculado al Terrorismo de Estado es el del dueño del Ingenio Ledesma, Pedro Blaquier, y del ex administrador de la firma, Alberto Lemos, en las causas en la que se los investiga por su participación en el secuestro del ex intendente de Libertador General San Martín, Luis Aredez, y de Omar Claudio Gainza y Carlos Alberto Melián, y 20 secuestros de “La Noche del Apagón”. A diferencia del caso anterior aquí la Cámara Federal de Casación Penal consideró que pese a haberse acreditado la utilización de las camionetas del Ingenio de parte de los militares, el dueño y el administrador de la empresa no tenían conocimiento de ello (voto de los jueces Hornos y Riggi). El Juez Gemignani agregó a esto que el préstamo de los móviles no constituía “la colaboración en un injusto”, pues “el destino o uso que a las camionetas se les otorgara resulta exclusivamente imputable al beneficiario, pero en ningún caso al dueño ni al representante de la empresa”, entendiendo que se trataba de una conducta neutral o inocua.

El fiscal de De Luca interpuso recurso extraordinario el cual se encuentra pendiente de resolución por la Corte Suprema de Justicia

119 Véase www.juiciosenlaplata.wordpress.com/2016/02/10/circuito-camps-fundamentos-parte. Con cita de José Antonio Caro John y Miguel Polaino-Orts “Dos consecuencias de un modelo de imputación basado en roles: neutralidad de la conducta e irrelevancia penal de los conocimientos especiales”

de la Nación al momento de escribir estas líneas.¹²⁰ Interesa consignar que el fiscal señaló que la valoración de las pruebas realizada por el tribunal fue parcial, pues *“se omitió el ‘contexto histórico’, las relaciones entre el gremialismo y las empresas azucareras, el cierre de ingenios y sus consecuencias, el rol de los industriales durante el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional, la animosidad de Ledesma hacia la actividad gremial y su falta de neutralidad política e ideológica”*. Más adelante, con fundamentos en doctrina nacional y extranjera, explicó por qué en este caso no podía considerarse inocuo el aporte efectuado por Blaquier y Lemos. Siguiendo, entre otros, a Roxin entendió que *“el principio de confianza no rige cuando una conducta fomenta o favorece la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso”*. Siguiendo al mismo autor sostuvo que *“El baremo de la adecuación social no es satisfactorio y la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Alemán (el BGH, vid. BGHSt. 46, 113) declara que no todas las acciones cotidianas o típicas de una profesión son neutras en todos los casos, porque su punibilidad depende del contexto. No hay un conocimiento seguro de producción del resultado, sino una reconocible predisposición o inclinación al hecho del autor”* *“...cuando la conducta tiene el sentido de favorecimiento o el de una incitación a un comportamiento delictivo de un tercero podrá hablarse objetivamente de una conducta objetivamente típica de participación. En tales supuestos, no cabe hablar de aportaciones neutras o socialmente adecuadas, sino de participación punible, pues ya no se trata de una prestación que le cuadre al ejecutor, sino de una prestación mediante la cual el primer interviniente se encarga de que le cuadre al ejecutor. Dicho de otro modo, cuando el aporte tiene el sentido de adaptación objetiva a los planes del autor, es posible que la participación sea punible pese al carácter neutral del aporte. Para ello es decisivo considerar el contexto delictivo en que el interviniente ofrece su prestación. Ejemplo clásico: quien vende filosas navajas presta un aporte neutral y por ello puede invocar prohibición de regreso si pretende imputarle participación por los hechos que arbitrariamente ha cometido con ella el comprador de la navaja. Sin embargo, vender navajas en el medio de una pelea ya no presta un aporte socialmente adecuado sino de adaptación al contexto delictivo: participación punible en lugar de prohibición de regreso”*. Y remató diciendo que *“quien desde el poder económico ha mantenido un vínculo promiscuo con la dictadura más sangrienta de nuestra historia, y desde ese lugar realiza aportes que objetivamente han servido para la privación*

120 El dictamen completo del fiscal De Luca en www.fiscales.gob.ar/complicidad.

ilegítima de personas, para la tortura y desaparición, no puede invocar prohibición de regreso sino que debe imputársele por su participación punible. No es posible distanciar a los encausados de los hechos cometidos por los ejecutores. Los imputados, con sus aportes, también tomaron parte de los hechos, sólo que a través de la mano de los ejecutores. Se trata de una distinción sólo cuantitativa, pero que no puede desempeñar papel alguno en la determinación del sí o no de la imputación”.

Caso Moreno

En el juicio oral que se realizó en la ciudad de Tandil con intervención del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, se condenó a tres militares y dos civiles por el asesinato del abogado Carlos Moreno. Emilio Felipe Méndez y Julio Manuel Méndez fueron considerados partícipes necesarios de privación ilegal de la libertad, imposición de tormentos, en concurso real, a las penas de prisión. Este caso fue conocido en esa ciudad como el de “La Chacra de los Mendez”, propiedad de esos hermanos, ambos civiles pero con vínculos con los militares. Durante el juicio se probó que en el predio de su propiedad funcionaba Centro Clandestino de Detención (hoy señalizado) al que fue llevado, luego de ser secuestrado en Olavarría, el Dr. Carlos Alberto Moreno, quien defendía a obreros que litigaban contra las empresas cementeras de esa ciudad. Moreno permaneció en cautiverio, sometido a tormentos y ejecutado después de ser recapturado tras un fallido intento de fuga. El Tribunal sostuvo que Julio y Emilio Méndez eran partícipes de ese crimen por haber aportado la chacra de su propiedad para ser utilizada por las autoridades del Ejército como Centro Clandestino de Detención.

Al momento de revisar esta sentencia, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría (voto de los jueces Hornos y Borinsky, con el voto en disidencia del juez Gemignani) confirmó la sentencia del Tribunal (Causa n° 15.710 “Tommasi, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación” registro n° 1567.13.4, rta. 29/8/2013). Para así decidir, se hizo eco de los parámetros tomados en cuenta por el Tribunal para tener por acreditado el aspecto subjetivo de su participación criminal, tales como la calidad de copropietarios de los imputados, su presencia y actividad pública en la ciudad de Tandil, la manifiesta presencia del personal militar y estrecha relación de ellos con las fuerzas armadas. El caso muestra cómo el contexto resulta

decisivo para dejar de lado la neutralidad de un aporte que en situaciones no caóticas resultaría adecuado socialmente.

Caso La Posada

La Posada era un mítico bar prostibulario de la ciudad de Mar del Plata. Al lado funcionaba el Hotel El Paraíso, donde se realizaban los “pases” (pago por sexo). La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata había entendido que el aporte de MCC y ARS se había limitado a alquilar las habitaciones del Hotel El Paraíso a JCM, único autor encarcelado por el delito de trata de personas. Según los jueces la conducta era jurídicamente neutra, pues “...haber construido un hotel en el que la prostitución era la causa de un beneficio económico para sus titulares no encuadra en el delito de trata de personas”. Los fiscales recurrieron el fallo por entender que de una serie de pruebas directas e indirectas valoradas en forma conglobada se podía concluir que los aportes de conducta de los acusados resultaban determinantes para la configuración del hecho total, lo cual despojaba de neutralidad al aporte realizado. No podía obviarse, dijeron, que el bar “La Posada”, lugar donde las mujeres tratadas eran prostituidas y ofrecidas por M. con fines de explotación sexual, conforme lo tuviera por acreditado la Cámara, pertenecía a la sobrina del imputado, esto es a M.C. C. y que M. integraba con el esposo de MCC (el coimputado S) la sociedad “Deliuc”, propietaria del Hotel El Paraíso y de la camioneta Hilux en la cual se ingresaban mujeres desde el Paraguay. La Casación revocó la decisión de la Cámara, y dijo que el aporte dejaba de ser neutral pues “el hecho de proporcionar al autor los medios necesarios para la comisión del delito es una forma de participación y de grado esencial, lo cual ha sido soslayado por la resolución puesta en crisis”.¹²¹

121 Causa N° 316/13 “Castrege, María del Carmen y otros s/ recurso de casación”, registro 915/13, Sala IV.

VI. El agente provocador y el agente encubierto.

El agente provocador es un instituto de fundamento utilitario, y ha sido definido como “quien determina a otro a la comisión de un delito con fines de investigación policial”.¹²²

Se han desarrollado dos posiciones jurisprudenciales y doctrinarias respecto de la validez constitucional de las actividades de los agentes estatales. Una de ellas, la objetiva, estima que en estos casos la conducta del funcionario carece de la ética que debe regir la actividad estatal, pues la labor consiste en engañar para que cometan un delito con el cual, por otra parte, colaboran; en consecuencia, consideran inválidas las pruebas obtenidas a partir de esa actividad (defensa de entrapamiento). Por otra parte, las posiciones subjetivas exigen observar cuál era la predisposición de la persona que cometió el delito con anterioridad a la participación del agente estatal, si esa disposición ya estaba no existe posibilidad de argüir la defensa de entrapamiento, debiendo el Estado demostrar que esa predisposición ya existía. En todo caso, lo que queda claro y es admitido por ambas posiciones, es la ilegitimidad de la actividad del agente estatal que actúa como instigador. Las posiciones objetivas dominan en la doctrina, en tanto las subjetivas en la jurisprudencia.¹²³

La infiltración de agentes en organizaciones criminales para obtener información o para hacer cesar el curso causal del delito, sin participar en ellos, se admite pacíficamente, pero, por otra parte, su utilización como herramienta para la investigación ha generado múltiples rechazos, cuando la actividad del agente incurre en situaciones de instigación. No existen mayores discusiones en torno al castigo que merece el agente estatal que instiga la conducta en el particu-

122 V. Righi, E. ob cit. pág. 398/9; Zaffaroni, ob. Ci. Pág. 797/8., Soler, ob. cit. 278.

123 Garibaldi, Gustavo E.L. “Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito. Su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales” Ad Hoc 2010. pág. 135 y ss. Un abogado, fastidiado por cierta hipocresía, sostenía con ironía que los tribunales tendrían que funcionar por las tardes, horario en el que los jueces se quitan la toga se ponen el delantal y dan clases de garantismo, lo que suelen olvidar a la mañana siguiente cuando vuelven a su despacho.

lar.¹²⁴Podrían, en estos casos, proceder las defensas de entrapamiento y exclusiones probatorias.

Se distingue, a su vez, el grado que hubo de alcanzar el “iter criminis”. Si el delito no superó la tentativa, en cuyo caso la acción del agente provocador se puede reputar exitosa, cabe la eximición de pena. En cambio, cuando el delito se consumó la acción del agente provocador fracasó; en este caso debe observarse si el resultado estaba en sus previsiones, pues si no realizó conductas de evitación de daños la situación puede ser abarcada por el dolo eventual.¹²⁵

En el caso “Fernandez vs. Fernández”, cuyo análisis realizaremos en el punto siguiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación” hizo referencia al agente provocador. Allí consideró que *“la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NStZ 1984, 78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. “Sorreis v. U.S.”. 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuerto a cometer el delito, de los que son “producto de la actividad creativa” de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, “Sberman v. U.S.”, 356 US 369 y “Hampton v. U.S.”. 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad “criminógena” de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de entrapment (confr. “Woo Wai v. U.S.”. 223 US 412 y “U.S. v. Russell”. 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).-*

124 Recordemos que la instigación supone la determinación directa al crimen, es decir, dar al autor una idea o convencerlo de una que ya tenía, siendo en ambos casos decisiva su actuación para la comisión del hecho.

125 Soler, S. pág. 278. Sus argumentos parten de la ausencia de convergencia intencional, los que utiliza para descartar la punibilidad en la tentativa pero que varía para los casos de hechos consumados para los cuales utiliza el dolo eventual. La cuestión es más sencilla y pasa por aplaudir el éxito y condenar el fracaso del agente provocador, lo cual reafirma el criterio utilitarista del instituto.

Consideró, más adelante, que las constancias de la causa permitían descartar que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen que motivara las actuaciones, y destacó que se debe distinguir los casos en que el agente encubierto o colaborador solo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo.

La ley 27.319, de investigación, prevención y lucha de los delitos complejos que ha tenido como objeto “*brindar a las fuerzas policiales y de seguridad, al Ministerio Público Fiscal y al Poder Judicial las herramientas y facultades necesarias para ser aplicadas a la investigación, prevención y lucha de los delitos complejos*”, ha incorporado a nuestra legislación diversas figuras premiales, a saber: el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y prórroga de jurisdicción. Al mismo tiempo amplió y reguló la actividad del agente encubierto.

La ley ha establecido su aplicación a diferentes delitos, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a su vigencia que se limitaba a situaciones de tráfico ilícito de estupefacientes.¹²⁶Establece su aplicación para los siguientes casos, a saber:

1. Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
2. Delitos aduaneros (sección XII, título I del Código Aduanero);
3. casos en que los delitos se hubiesen cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo (terrorismo, artículo 41 quinquies del Código Penal);
4. facilitación y promoción de la corrupción de menores y mayores de edad; promoción, facilitación y explotación de la prostitución ajena; la producción, financiación, ofrecimiento, comercio, publicación, facilitación, divulgación o distribución, por cualquier medio, de representaciones de niñas o niños dedicados a actividades sexuales explícitas o toda repre-

126 art. 31 bis de la ley de estupefacientes 23737 derogado por ley 27319.

- sentación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores (artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal) ;
5. secuestros extorsivos y desaparición forzada de personas (artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal);
 6. Trata de personas (artículos 145 bis y ter del Código Penal);
 7. Asociación ilícita (artículos 210 y 210 bis del Código Penal);
 8. Delitos contra el orden económico y financiero, entre ellos el lavado de activos y la intermediación financiera ilegal (título XIII del Código Penal).

La ley establece que la aplicación de estas figuras premiales deberá regirse por principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

La legislación argentina incorpora al agente provocador, al que da en llamar agente revelador (art. 5 y 6 de la ley 27319).

Establece que será considerado agente revelador todo aquel agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado a fin de simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos.

Como puede observarse lejos está de ser el agente revelador un provocador del desenlace delictivo: la figura no admite la instigación. El enunciado de la ley es meramente ejemplificativo de las actividades que el agente puede desarrollar en relación al grupo criminal (transportar, comprar o consumir para sí o para terceros prácticamente todo tipo de objetos), por ello culmina estableciendo que puede incluir la participación en cualquier otro tipo de actividad. La finalidad es desbaratar al grupo delictivo, ya sea deteniendo a sus integrantes, incautando bienes, liberando a las víctimas o recogiendo pruebas para el proceso.

La inclusión de estas figuras debe ser relacionada necesariamente con la suscripción de nuestro país de diferentes instrumentos

internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus protocolos adicionales.¹²⁷

La ley señala que el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas.

La designación de agente revelador es de estricto resorte judicial. Lo realiza directamente el juez o a pedido del Ministerio Público Fiscal. La ley, evidentemente, desconoce el principio acusatorio, pues en rigor los jueces no deberían investigar sino simplemente controlar la actividad investigativa del fiscal y a pedido de parte.

Resulta difícil imaginar casos de agentes reveladores que no actúen en forma encubierta (v. gr. si los provocados advierten que son llevados a engaño para ser atrapados cae la estrategia investigativa).

La ley establece que el agente encubierto es un:

1. un funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado altamente calificado;
2. debe prestar su consentimiento y ocultar su identidad;
3. su actividad no es indeterminada como la del agente revelador sino que consiste en infiltrarse o introducirse en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial.¹²⁸

Las reglas para su designación son similares a las del agente revelador, estipulando la ley que no debe tener antecedentes penales.

127 La Convención fue aprobada por la Asamblea General de ONU el 15/11/2000 y entró en vigor el 29/9/2003. La República Argentina ratificó la Convención en Agosto de 2002 junto con sus tres protocolos adicionales, a saber: 1. Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; 2. Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. 3. Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego venta de armas, trata y tráfico de personas.

128 Art. 3 de la ley 27319.

A diferencia de lo que sucedía con la ley 23737, cuya previsión legal se estipulaba sólo para casos de tráficos de estupefacientes, como antes viéramos la ley amplía el espectro de actuación. Lógico que así sea, pues no podría descartarse la utilización de este instituto para situaciones de extrema gravedad y ante la ofensa de bienes jurídicos fundamentales, pues resultaría irrazonable que en estos supuestos no se habilite a los agentes del estado para que, dentro del respeto de las normas básicas del estado de derecho,¹²⁹ cumplan su deber de reprimir el delito. En estos casos podría haber atipicidad por existencia de un deber jurídico de actuar.¹³⁰ Pensemos en el caso de un agente de seguridad que se infiltra en una organización con la finalidad de liberar a una persona secuestrada por quien se exige rescate.

Las dudas se suscitan en relación a las situaciones de participación criminal de los agentes encubiertos que infiltrados en las organizaciones criminales participan en la comisión de delitos. La doctrina coincide en la impunidad de estas situaciones con diferentes argumentaciones que van desde la atipicidad, el estado de necesidad y las excusas absolutorias.¹³¹ A la par, desde el derecho procesal penal, se descartan las defensas de entrapamiento y las exclusiones probatorias, las que sí, claro está, son pertinentes en los casos de instigación.

La reciente sanción legislativa ha establecido que “no será punible el agente encubierto o el agente revelador que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro” (art. 9 de la ley 27319). Es decir, la comisión de delito, ya sea a título de autor o partícipe, de parte de estos agentes sólo se justifica cuando actúan prácticamente coaccionados por los grupos delictivos, en el sentido de estar en situación de cometer el delito o revelar su identidad. Esa es la situación concreta de coacción que vive un agente revelador o encubierto en el desarrollo de la actuación encomendada.

129 En ese sentido CNFed. Crim. y Correc. Sala I, c.29.273, “Raña, R” 1997/12/23, JPBA, t. 103, f. 68, p. 28, citado por D’Alessio y otros ob. cit. Pág. 797 nota 404

130 Para la impunidad Zaffaroni exige que “...la imagen ética del estado no sufra desmedo...” ob. cit. Pág. 797.

131 Garibaldi, ob. cit. pág. 171 y ss.

El límite en la comisión de delitos de parte de estos agentes estatales es poner en peligro o dañar la vida o la integridad física o psíquica de otra persona.¹³²

El caso “Fiscal vs. Fernández”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió en el año 1990 el caso “Fiscal c/ Fernández, V.H.”¹³³. Veamos los hechos y lo decidido por la Corte, que da su pasaporte de ingreso al agente encubierto, aunque con algunas limitaciones y aceptando la doctrina subjetiva del derecho estadounidense.¹³⁴

La Cámara Federal de Mendoza había revocado la sentencia condenatoria de siete años de prisión dictada contra el cónsul boliviano en Mendoza Ricardo Eduardo Rivas Graña, a quien se acusó de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes.

Los hechos determinados por la Corte fueron los siguientes. Personal de la Policía Federal, anoticiado por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en el bar del hotel “Huentala” en cuyo transcurso detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor Hugo Fernández y secuestraron 380 gramos de cocaína que tenía dispuesta para la venta y procedía de su país natal. Por manifestaciones del detenido, pudo saberse que en las inmediaciones del lugar se hallaba estacionado el automóvil de su amigo Fuhad Carmelo Chaad, a cuya detención también se procedió al haberse encontrado otros dos paquetes conteniendo 300 gramos de cocaína y una balanza para pesar esa sustancia. Pero además, Fernández dijo que en una casa de la zona de Godoy Cruz se guardaba el resto de la droga traída de Bolivia -otros nueve paquetes de un kilogramo-. Fue así como uno de los policías se trasladó, en compañía de Fernández hasta la mencionada vivienda, en cuya fachada lucía un cartel y escudo que la identificaba como la sede del Consulado de la República de Bolivia. Ya en el

132 Así lo establecía la doctrina. V. Garibaldi, ob. Cit. Pág. 171 y ss.

133 Fallos 313:1305. Esto ratifica el instituto aún sin ley, pues el caso es anterior a la vigencia de la ley 23737 que es el primer y único instrumento legal en preverlo.

134 Las críticas han sido numerosas desde la doctrina a lo decidido por la Corte. Lo mismo pasa en los EE.UU. V. Garibaldi, G. ob. Cit. Pág. 149 y ss.

lugar, Fernández llamó a la puerta y fue atendido por su conocido, el cónsul Ricardo Eduardo Rivas Grafía, quien lo hizo pasar junto con el policía, que no se presentó como tal y, a requerimiento del primero, el funcionario extranjero le entregó una caja con nueve kilos de cocaína, la que fue trasladada al asiento policial donde se confeccionó el acta de estilo. Luego de ello Rivas Grafía fue llamado a concurrir a un lugar público, so pretexto de asistir al connacional Chaad, y en esas circunstancias detenido.

La Cámara Federal de Mendoza absolvió a Rivas Grafía. Entendió que la incautación de los nueve kilogramos de cocaína, extraídos de la morada de Rivas Grafía- casa habitación de él y su familia y sede de la oficina consular de Bolivia en Mendoza- debía ser excluida del proceso como prueba por habérsela obtenido en infracción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional). Estimaron los jueces que ello era así porque el coprocesado Fernández y el oficial de policía ingresaron en el domicilio del acusado sin orden de allanamiento y en circunstancias tales que no hacían excepción a la necesidad de obtenerla; y en cuanto al consentimiento prestado por Rivas Grafía, lo consideraron viciado, “... *al hacersele creer que el acompañante de su conocido Fernández era un amigo de este y ocultársele que en verdad Fernández estaba privado de su libertad y que quien lo acompañaba era un policía que fingía...*”. La Cámara destacó la falta de cumplimiento de normas procesales vinculadas con la forma en la que debe documentarse un secuestro con fines probatorios, declaró nulo el practicado en la vivienda del cónsul e ineficaz su resultado.-

El fiscal de la Cámara Federal interpuso recurso extraordinario federal, y la Corte revocó el fallo. La Corte, en base a sus antecedentes, descartó que el allanamiento fuese ilegal. Dijo que “*Que si bien es verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompaña encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquel se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañante como un amigo para que se les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega*

voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad”... “...si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas -una de las cuales desconocía- sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que possibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación”

En relación a la utilización de agentes encubiertos aceptó su utilización con ciertas limitaciones. Manifestó que *“el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudencial de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho proscriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. “Lewis v. U.S. 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. St. 32, 115, 122: BverfGE 57.250, 284, y la decisión del GBH en NStZ. 1982, 40)”*.

VII. Participación en delitos culposos

Las reflexiones que venimos haciendo en relación a la participación criminal se vincula a los hechos dolosos. En cuanto a los tipos culposos las opiniones se encuentran divididas en torno a la aceptación de la participación criminal.

Quienes sostienen que no se puede participar en estos delitos parten de que en los tipos culposos no hay finalidad hacia el resultado, lo cual deriva de la imposibilidad de afirmar la convergencia intencional del partícipe respecto del hecho de autor. Si no hay finalidad no se entendería cómo alguien quiere participar de un hecho que ni siquiera el autor quiere realizar. Sostienen estos doctrinarios que todo aquel que aporta una causa al resultado es autor.¹³⁵

Otros creen que sí es posible la participación en delitos culposos.¹³⁶ La convergencia intencional no estaría dada hacia el resultado final del tipo, sino al núcleo de la antijuridicidad de estos delitos, es decir, a la violación al deber de cuidado. Así si alguien deja encendida una plancha que provocó un incendio es autor del incendio culposo, pero quienes tuvieron el aviso de apagarla contribuyeron con esa acción a la consecución del tipo. Quien instiga a otro a elevar la velocidad por límites superiores a los permitidos, motiva la violación al deber de cuidado.

VIII. Los delitos de propia mano

Se entiende que estos delitos sólo pueden ser ejecutados en forma corporalmente inmediata por el autor, por lo cual se excluye la posibilidad de autoría mediata. En general se ejemplifica con el abuso sexual con acceso carnal y el falso testimonio; así quien determina a un incapaz a abusar sexualmente de una persona o la situación coactiva que vive el testigo a quien otro lo obliga al falso testimonio.¹³⁷

135 En esta posición Welzel, con apoyo en las opiniones de Gallas, Mezger, Jescheck y Maurach. Ob. cit. Pág. 119. Existe aquí cierta inconsistencia, pues autores que critican la teoría extensiva y la del autor unitario indirectamente la propician para los tipos culposos. Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit. pág. 792; Righ, E. ob. cit. 394.

136 Los ejemplos dados por Soler y Roxin permiten concluir que es posible la participación en delitos culposos. Soler, S. ob. Cit. Pág. 279; Roxin, C. ob. Cit. Pág. 589 y ss. Nuñez también es partidario de la posibilidad de participación en los delitos culposos, negando la posibilidad de participación culposa en delitos dolosos. Nuñez, Ricardo ob. cit. Pág. 242. "Manual de Derecho Penal" Ed. Marcos Lerner. Pág. 242. Año 1999. con cita de un fallo de la Cámara del Crimen de Capital Federal, Fallos T. 1 pág. 140 y Fallos T. 5. pág. 443).

137 Zaffaroni, ob. cit. Pág. 787. En cita a pie de página menciona la obra de Maqueda Abreu "Los delitos de propia mano", quien postula desde la teoría del dominio del

Al igual que en los delitos especiales aquí se cuestiona la punibilidad de quienes, manejando el hecho, no responden por no ser instrumentos calificados. Nos encontramos con la posibilidad de utilizar la teoría de delitos de infracción de deber, pero también la autoría por determinación de Zaffaroni, que tiene respaldo normativo y que evita la impunidad para estos casos.¹³⁸

IX. Los casos de tentativa

La tentativa de participación es indiferente al derecho penal; si no hay acciones externas relevantes de parte del autor no hay posibilidad de castigo (principio de ejecución del delito, art. 42 del CP). Siendo la participación accesoria de la autoría, habrá que ver en cada caso si el autor desarrolló acciones ejecutivas del delito, esto es, si existió principio de ejecución que habilite la intervención del derecho penal. En caso que así no suceda, es decir que de parte del autor no haya existido principio de ejecución, la actividad del partícipe, aún cuando haya completado su compromiso en el delito, no podrá ser motivo de persecución penal. Así el chofer que queda esperando que salgan los ladrones del banco; o el instigador que da el arma, el dinero y el mandato al sicario de cometer el crimen, no han de responder penalmente si las acciones ejecutivas del delito no comenzaron. Si bien existen acciones externas, estas no son relevantes en relación al hecho común, ni existe afectación del bien jurídico, en tanto y en cuanto quien tiene capacidad para afectarlo o ponerlo en peligro (el autor) decide no hacerlo.

Distinta es la situación de la participación en hechos que no alcanzaron su perfeccionamiento y que quedaron en grado de conato. La tentativa conlleva el desarrollo de acciones ejecutivas, es decir, haber traspasado las acciones preparatorias impunes. Esas acciones punibles ejecutadas por el autor pueden recibir la colaboración de los

hecho la eliminación de la categoría, lo cual es absolutamente lógico a la luz de la teoría referida, pues en la realidad pueden encontrarse ejemplos de utilización de inimputables para abusar sexualmente de otra persona o situaciones de coacción de terceros para que declaren falsamente en un caso.

138 Zaffaroni, ob. cit. Pág. 788.

partícipes. El derecho castiga a quien participa en un delito tentado. En los mismos ejemplos antes expuestos; si los ladrones del banco son sorprendidos por la policía, el chofer que espera en la puerta responderá como partícipe; el instigador responde aun cuando el sicario haya fallado en la ejecución del homicidio. En estos ejemplos los hechos tuvieron comienzo de ejecución.

X. Autoría y participación en los delitos de omisión

Autor de los delitos de omisión propia es el obligado a realizar la acción debida y en los delitos de omisión impropia quien está obligado a impedir un resultado.¹³⁹ El guardavida está obligado a socorrer a los bañistas, pues recae sobre su persona un mandato normativo penal y extrapenal de preservar vidas (CP 106); la madre está obligada a evitar que su niño muera por inanición a partir de un deber normativo penal y extrapenal de cuidado que los padres deben a sus hijos.

La autoría en estos casos no se define por la teoría del dominio del hecho sino por la de infracción de deber. El deber de actuar, tanto en los delitos de omisión propia como impropia deviene de un mandato normativo tendiente a la protección de un bien jurídico.

La cuestión es si en los delitos de omisión (propios e impropios) resulta posible la participación criminal, pues en estos casos el deber de actuar recae sobre quien conforme el tipo penal está obligado a hacerlo. En base a ello podría sostenerse la imposibilidad de participar en un hecho que es de resorte exclusivo de quien tiene a su cargo la preservación del bien jurídico. Sin embargo, una vez tomada la decisión de incumplir el deber asignado por el orden normativo y mientras subsista el riesgo a la preservación del bien jurídico existe posibilidad de participación criminal. El guardavidas que está obligado a actuar puede recibir el consejo (instigador) de alguien para que no lo haga (gr. alguien que sabe que su enemigo se está ahogando). Puede ocurrir que los auxiliares del guardavidas contribuyan con él en inutilizar los medios que se encuentran al alcance para rescatar vidas

139 V. Righi, E. ob. cit. Pág 401.

(partícipes primarios o secundarios de acuerdo a la necesidad del aporte).

En los delitos de comisión por omisión la cuestión también ha sido objeto de debate. El deber de garantía sobre el bien jurídico y las obligaciones extrapenales recaen sobre personas determinadas, pero ello no obsta a que quienes conozcan estas circunstancias colaboren con el autor. La madre que opta por tejer su crochet en lugar de amantar a su hijo, puede contar con la instigación de su concubino, que la convence de no darle de comer al niño; los médicos incurrir en homicidio si en vez de atender a una persona gravemente golpeada y moribunda, deciden atender una urticaria, caso en el cual no puede descartarse la actuación persuasiva de los enfermeros (instigación) que contribuyeron a la realización del resultado (v. gr. servicio de guardia de un Hospital Público que recibe herido de muerte a una persona a quien la justicia busca por homicidio).

XI. La participación omisiva

La omisión puede ser, además, un modo de participar en el delito. El estudio de la participación por omisión requiere por un lado evitar desbordes del poder punitivo, pero al mismo tiempo impedir la lenidad que implicaría no observar que gran parte de estas participaciones por omisión conforman la trama que utiliza el crimen organizado.¹⁴⁰

Carrara entiende que el no impedir no puede constituir complicidad.¹⁴¹

Otra es la opinión de nuestra doctrina.

Soler, parangonando la cuestión a los delitos de omisión impropia distingue entre sujetos obligados a actuar y otros que no lo están. Dice que “*Si el agente de policía promete al ladrón no denunciarlo después que cometa el robo, el agente es cómplice, porque promete no hacer algo que*

140 Comprometerse a no actuar la ley en persecución del delito constituye en sí mismo una infracción penal (CP 248, 249 y 274 cc.), pero además, puede tratarse de algo más: participación criminal cuando esa contribución es esencial para la comisión del delito (complicidad primaria) o cuando la omisión en la persecución del delito está fundada en una promesa anterior (participación secundaria). Delitos de especial gravedad tienen en funcionarios públicos este tipo de complicidad.

141 Carrara, (nota 2 al &464).

*está obligado a cumplir. Pero la misma promesa, hecha por un particular cualquiera no constituye a éste en un cómplice, porque promete un simple no hacer*¹⁴². Nuñez la admite y ejemplifique con el silencio.¹⁴³

Zaffaroni, en opinión que compartimos, estima posible la complicidad por omisión, y ejemplifica en forma parecida a Soler “...buen ejemplo de ello dan los casos que estaban expresamente previstos en el código Tejedor, respecto de los funcionarios que, de acuerdo con los autores, prometían omitir el cumplimiento de sus deberes represivos”¹⁴⁴ (arts. 49 y 51).

XII. La participación en los delitos de infracción de deber

Recordemos que en estos delitos lo que indica la autoría no es el dominio del hecho, sino la posición del autor respecto a la situación del bien jurídico y el deber que éste genera en la persona. El funcionario público que lleva adelante un sector de la administración puede utilizar un grupo de personas bajo su dominio, algunos funcionarios y otros no, que sin tener ningún deber funcional colaboren con él en el desarrollo de sus planes criminales. No encuentro objeción para que en estos ilícitos pueda existir complicidad.

Se discute la posibilidad de coautoría, en tanto los deberes son personales. Para Roxin, en opinión que comparto, existe la posibilidad que ciertas conductas complejas con significado único impliquen la violación de deberes de parte de más de un sujeto, lo que indicaría coautoría.¹⁴⁵ Así en la fuga de presos cabe responsabilizar tanto al que dio las llaves como el que abrió la puerta, realizando ambas conductas que implican violación de deberes que posibilitan, en forma conjunta, el daño al bien jurídico.¹⁴⁶

142 Soler, (T. II. Pág. 283).

143 Nuñez, Ricardo ob. cit. Pág. 242. “Manual de Derecho Penal” Ed. Marcos Lerner. Pág. 242. Año 1999. con cita de un fallo de la Cámara del Crimen de Capital Federal, Fallos T. 1 pág. 140 y Fallos T. 5. pág. 443).

144 Zaffaroni, ob. cit. (ob. Cit. Pág. 804).

145 Roxin, C. pág. 388.

146 Roxin, C. pág. 391.

XIII. La participación en los delitos cometidos por la prensa

La libertad de expresión que se posibilita entre otros medios a través de la prensa tiene, en palabras reiteradas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un lugar eminente; sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal (Fallos: 248:291, 325).

Pero a la par que ha reconocido este derecho fundamental, la Corte ha establecido que esa libertad de expresión no ampara a quienes cometen ilícitos (Fallos: 308:789; 310:508, reiterada en los casos “Locles” “Patitó”, “Acuña”). Podríamos sintetizar la doctrina de la Corte diciendo que una cosa es la libertad de prensa y otra cometer delitos a través de la prensa.

Nuestra ley reconoce esta distinción al establecer una cláusula de indemnidad penal a quienes cooperen materialmente con la difusión de las ideas, lo cual implica un reconocimiento amplio de la libertad de prensa. Efectivamente, el artículo 49 del código penal argentino establece que “*No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta*”. Se trata de una norma que trata de preservar la publicación de las ideas sin censura previa, pauta fundamental de la libertad de expresión. Si la norma excluye a los cooperadores materiales significa, contrario sensu, que incluye en la sanción penal a los autores y la participación de quienes realizan un aporte intelectual (v. gr. el director de una publicación debe responder ante la ausencia de identificación del autor de la nota injuriosa, de lo contrario se utilizarían los medios gráficos para la difamación amparándose en la libertad de prensa).¹⁴⁷

En los últimos años se ha limitado, tanto jurisprudencialmente como por vía de reformas legislativas, la utilización del derecho penal ante situaciones de críticas a los funcionarios públicos, aun cuando se afecte el decoro de su función o directamente se los agravie. La derogación de la figura del desacato¹⁴⁸ a partir del acuerdo que la Argenti-

147 D’Alessio, Andrés y otros. CP comentado T. I pág. 817.

148 El desacato se encontraba previsto en el artículo 244 del CP, reprimiéndose al que “*por cualquier medio ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público, dirigiéndose a él y a causa o en el ejercicio de sus funciones.*”.

na celebro ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Verbistky”, la ausencia de antijuridicidad en la injuria cuando la supuesta ofensa se vincula con la defensa de un interés público actual¹⁴⁹ y la limitación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto en sus antecedentes¹⁵⁰, torna dificultoso concluir en la operatividad del derecho penal ante la injuria o la calumnia dirigida a funcionarios públicos.

XIV. Autoría y participación criminal en delitos internacionales

El juzgamiento de los delitos internacionales -genocidio, de lesa humanidad y de guerra- se encuadra en un marco de “Justicia de transición”. Kai Ambos entiende que la Justicia Transicional comprende “...el ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abuso a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”.¹⁵¹

La dificultad para juzgar estos casos se debe a que si bien quienes cometieron esos hechos ya no están en el poder siguen manteniendo una buena cuota de poder. Ocurre que el Estado, que debe promover la Justicia y que antes no sólo la denegó sino que, como en la Argentina, se constituyó a través de sus agentes en un verdadero

149 V. reforma de la ley 26.551 (B.O., 27/11/2009), motivada por la sentencia “Kimel vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 2/5/2008). El periodista Eduardo Kimel había sido condenado por la Justicia Argentina con motivo de la publicación de su libro “La Masacre de San Patricio”, hecho ocurrido en plena dictadura en la Argentina y donde fueron asesinados cinco religiosos palotinos en la ciudad de Buenos Aires. Kimel se refirió críticamente a la actuación del Juez de Instrucción, Guillermo Rivarola, quien interpuso en su contra querrela criminal por el delito de calumnias.

150 El retorno del estado de derecho en la Argentina ha elevado el derecho de libertad de expresión a través de la fijación de un estándar que es el de la doctrina de la real malicia del derecho americano, receptada en el célebre caso “New York Times vs. Sullivan”: el querellante debe demostrar que conocía la falsedad de la información o que los periodistas actuaron con notoria despreocupación (CSJN “Costa”, “Vago”, “Morales Sola” “Campillay”).

151 Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, “Justicia de Transición” Kai Ambos, Editores. Fundación Konrad Adenauer. Año 2009. pág. 26. Del reporte del Secretario General de Justicia Transicional.

victimario, no está en condiciones de realizar plenamente la Justicia, pues existen condicionamientos para otros valores sociales como la paz y la tranquilidad pública.

Por ello la Justicia de transición se mueve en una constante tensión entre acciones estatales de impunidad y acciones estatales de Justicia.

Como viéramos, al tratar la teoría de la autoría, resulta claro que el estándar que se requiere para abordar el tema dista de las teorías convencionales. Lo que caracteriza las atribuciones de responsabilidad en estos casos es su fundamento normativo y no físico mecánico. Resultaría sumamente dificultoso explicar la responsabilidad de estos criminales desde las concepciones meramente causalistas o desde una posición formal objetiva. La construcción de la teoría del dominio del hecho, camino iniciado por Welzel y completado por Roxin (es autor quien domina el hecho en su curso causal, la acción o la voluntad de otro, o un aparato organizado de poder) permite responder con satisfacción las atribuciones de responsabilidad en estos delitos. A ello se debe agregar, hoy día, la revalorización de la tesis de Roxin de autoría por infracción de deber, esto en el ámbito continental europeo. En el anglosajón predomina la teoría de la empresa criminal conjunta.

La dogmática penal, que se trata siempre de un instrumento argumental y no un fin en sí mismo, ha avanzado en las respuestas, en especial a partir de la lenidad de los años 50 de parte de la justicia alemana que debía juzgar los crímenes del nazismo. Durante años existió una aplicación formal y vacía de la teoría penal, y un entretenimiento estéril entre finalismo y causalismo que no quiso sino ocultar las complicidades de profesores de derecho penal que participaron del Tercer Reich.¹⁵² Quien rompe con todo esto es Roxin, quien a partir de su obra “Autoría y dominio del hecho en derecho penal” desarrolla su posición de los delitos de dominio en relación a la utilización de los aparatos organizados de poder; en esa misma obra pre-

152 Podríamos parangonar a Beling y decir que generaron así una dogmática boba que no podía tocarle ni un pelo a los genocidas. Sobre el punto Muñoz Conde, Francisco “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo” Ed. Tirant Lo Blanch.2003.

gona una nueva modalidad de autoría que deriva de otra fuente: *la infracción de deber*.¹⁵³

Trataremos aquí de realizar un somero análisis de los hechos más relevantes de Justicia Transicional, observando cómo fue tratada la autoría y participación criminal en estos casos.

XV. La Carta de Nuremberg

El derecho penal internacional y el derecho internacional penal obligan a recalcar en la Carta de Nuremberg. Es un hito que no puede pasar inadvertido. La Carta de Nüremberg es el estatuto de juzgamiento de los autores de crímenes internacionales sucedidos durante la Segunda Guerra Mundial, siendo la primera vez que se condenó a personas de carne y hueso, con un juicio previo, por los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos durante el Tercer Reich.

La Carta de Nuremberg es el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, adoptado el 6 de octubre de 1945 y suscripto por los representantes del gobierno de los Estados Unidos de América (Robert H. Jackson), de la República Francesa (Francois de Menthon), del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Hartley Shawcross) y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (R. Rudenko). Reconoce su antecedente en la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 sobre las atrocidades cometidas por los alemanes en la Europa ocupada, en la cual se pretendía que los funcionarios alemanes y los hombres y miembros del partido Nazi responsables de crímenes y atrocidades o que hayan participado en los mismos con su consentimiento fuesen devueltos a los países en los que cometieron sus abominables actos para ser juzgados. En esa misma declaración se dejaba a salvo que los casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada y que sean castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados fueran juzgados en el célebre juicio de Nuremberg.

El Estatuto establece el juzgamiento de los principales criminales de guerra por una serie de delitos, ya sea que fueran cometidos

153 V. ut. Supra pág. 9.

individualmente o como miembros de organizaciones. En su artículo 6 se realiza la siguiente distinción tripartita, a saber:

(a) **Crímenes contra la Paz:** consistentes en saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

(b) **Crímenes de Guerra:** se consideraba así las violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

(c) **Crímenes contra la Humanidad:** el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

En la parte final este mismo artículo 6 se refiere a cuestiones vinculadas a la participación criminal, estableciendo que: *“Aquellos que lideren, organicen o inciten a la formulación de un plan común o a la conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”*.

El Estatuto contempla los casos de los líderes que no ejecutaron los hechos pero que sí tuvieron acciones de liderazgo, organización o incitación. Según el grado de participación en los hechos pueden tratarse de casos de autoría, instigación o participación primaria. En el caso de la autoría, estaríamos frente a casos de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder para la ejecución de estos delitos de múltiples víctimas, cuyo desarrollo teórico construyó, casi veinte años más tarde, Claus Roxin, luego del proceso a Eichmann realizado en la década del 60 en Israel.

El estatuto también prevé el castigo de conductas anticipadas a través de la conspiración para la ejecución de esos crímenes, y la complicidad tanto en la formulación como en la ejecución de las acciones.

En el juicio de Nüremberg fueron juzgados los principales jefes Nazis. Allí se aplicó la referida regla de Moscú: “Y considerando que se hizo constar que la citada declaración se hacía sin perjuicio de que pudiera haber casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada y que sean castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados”, ello permitió juzgar hechos cometidos fuera de Alemania (v. gr. los crímenes cometidos en Austria por Kaltenbruner y en Polonia por Frank). Se juzgó a veinticuatro personas, de las cuales once fueron condenadas a muerte, nueve fueron condenados a penas de prisión y cuatro fueron absueltas.¹⁵⁴

Fueron condenados los siguientes criminales determinándose la responsabilidad, en la mayor parte de los casos, por la función desempeñada en relación a los resultados, existiendo en todos los casos interposición de personas entre los que dieron las órdenes y quienes las ejecutaron. De allí que el transcripto artículo 6 resulte fundamental para la determinación de la responsabilidad de estos criminales.

La decisión de juzgar a los máximos líderes militares, políticos y económicos del régimen nazi motiva que en este trabajo se transcriban sus nombres, los delitos por los cuales fueron juzgados y las posiciones de poder que ostentaban. Estas fueron las personas juzgadas, los cargos formulados y el resultado del juicio, a saber:

1. Hermann Goering: quien entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, líder supremo de las SA, General de las SS, miembro y presidente del Reichstag, Ministro del Interior de Prusia, jefe de la policía secreta de Prusia, Jefe del Consejo de Estado prusiano, Ministro del Reich de Aire, Presidente del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich, miembro del Secreto Consejo de Gabinete, jefe de la Hermann Goering Industrial Combine, y sucesor designado de Hitler. Se lo acusó pues usando los cargos mencionados, su influencia

154 Información sobre el juicio de Nuremberg en www.encuentro.gov.ar.

personal, y su conexión estrecha con el Führer promovió el acceso al poder de los conspiradores nazis y la consolidación de su control sobre Alemania, promovió la preparación militar y económica para la guerra, participó en la planificación y preparación de los conspiradores nazis de Guerras de Agresión y Guerras en Violación de Tratados Internacionales, Acuerdos y Garantías, autorizó, dirigió y participó en los Crímenes de Guerra y en los Crímenes contra la Humanidad, incluyendo una amplia variedad de crímenes contra las personas y bienes. Se lo condenó a muerte. Apareció muerto el día de su ejecución en su celda.

2. Joachin von Ribbentrop: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro del Reichstag nazi, asesor del Führer sobre asuntos de política exterior, representante del Partido Nazi en materia de política exterior, delegado alemán especial para las cuestiones de desarme, Embajador Extraordinario, embajador en Londres, organizador y director de “Der Dienststelle Ribbentrop”, ministro de Asuntos Exteriores del Reich, miembro del miembro del Consejo del Gabinete Secreto del personal político del Führer en el cuartel general, y general de las SS. Se le imputaron los mismos crímenes que a Goering. Fue condenado a muerte y ejecutado en la horca.

3. Rudolf Hess: entre 1921 y 1941 fue miembro del Partido Nazi, Adjunto al Führer, Ministro del Reich sin cartera, miembro del Reichstag, miembro del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich, miembro del Consejo del Gabinete Secreto. Fue acusado de similares cargos que los anteriores. Fue condenado a cadena perpetua.

4. Ernst Kaltenbrunner: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, General de las SS, miembro del Reichstag, General de la Policía, Secretario de Estado para la Seguridad en Austria a cargo de la Policía austríaca, Jefe de Policía Viena, Austria Inferior y Superior, Jefe de la Oficina Principal de Seguridad del Reich, y Jefe de la Policía de Seguridad y Servicio de Seguridad. Se lo acusó de los mismos cargos que los anteriores, pero en particular de los Crímenes contra la Humanidad relacionados con el sistema de campos de concentración. Fue condenado a muerte.

5. Alfred Rosenberg: entre 1920 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro nazi del Reichstag, editor del periódico nazi “Volkischer Beobachter” y del Monatshefte NS, jefe de la Exteriores Oficina Política del Partido Nazi, Delegado Especial para la forma-

ción espiritual e ideológica del Partido Nazi, Ministro del Reich para los Territorios Ocupados del Este, organizador de la “Einsatzstab Rosenberg”, General de las SS y General de las SA. Fue imputado de cargos similares a los anteriores y condenado a muerte.

6. Hans Frank: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, General de las SS, miembro del Reichstag, Ministro del Reich sin cartera, Comisario del Reich para la Coordinación de Justicia, presidente de la Cámara Internacional de Derecho y la Academia de la ley alemana, Jefe de la Administración Civil de Lodz, Supremo Jefe del distrito militar de Prusia Occidental, Poznan, Lodz y Cracovia, y Gobernador General de los territorios polacos ocupados. Se lo acusó de similares cargos que a los anteriores, incluyendo en particular los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad relacionados con la administración de territorios ocupados. Fue condenado a muerte.

7. Martin Bormann: entre 1925 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro del Reichstag, miembro del Estado Mayor del Mando Supremo de las SA, fundador y director de “NSDAP Hilfskasse”, Jefe de Personal de la Oficina del Führer Adjunto, Jefe de la Cancillería del Partido, Secretario del Führer, miembro del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich, organizador y jefe de la “Volkssturm”, General de las SS y General de las SA. Similares cargos acusatorios que los anteriores. Fue condenado a muerte en ausencia.

8. Wilhem Frick: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, “Reichsleiter”, General de las SS, miembro del Reichstag, Ministro del Reich de Interior de Prusia, Ministro del Interior, Director de Elecciones, Plenipotenciario General para la Administración del Reich, director de la Oficina Central para la Reunificación de Austria y el Reich alemán, Director de la Oficina Central para la incorporación de los Sudetes, Memel, Danzig, los territorios anexionados oriental, Eupen, Malmedy y Moresnet, Director de la Central Oficina para el Protectorado de Bohemia y Moravia, el Gobernador General de la Baja Estiria, Carintia Alta, Noruega, Alsacia, Lorena y todos los demás territorios ocupados y Protector del Reich para Bohemia y Moravia. Con similares cargos que los anteriores fue condenado a muerte.

9. Robert Ley: entre 1932 y 1945 fue miembro Organizador del Partido Nazi, Gerente de Organización del Partido Nazi, miem-

bro del Reichstag, líder del Frente Alemán del Trabajo, General de las SA. No fue condenado.

10. Fritz Sauckel: entre 1921 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro del Reichstag, Plenipotenciario General para el Empleo de Trabajo en el marco del Plan de Cuatro Años, Programa Conjunto Organizador con la Ley de la Defensa Central Inspección para la atención de los trabajadores extranjeros, General de las SS y General de las SA. Se le imputó en particular la comisión de Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad por obligar a los habitantes de países ocupados para trabajar como mano de obra esclava en Alemania. Fue condenado a muerte.

11. Albert Speer: miembro del Partido Nazi, Ministro del Reich de Armamento y Municiones, Jefe de la Organización Todt, Plenipotenciario General de Armamento de la Oficina del Plan de Cuatro Años, y Presidente del Consejo de Armamento. Se lo acusó en particular del abuso y la explotación de los seres humanos para realizar trabajos forzados en la conducción de la guerra de agresión. Recibió 20 años de prisión.

12. Walter Funk: entre 1932 y 1945 fue miembro del partido nazi, asesor económico de Hitler, diputado nacional socialista en el Reichstag, Jefe de Prensa del Gobierno del Reich, Secretario de Estado del Ministerio del Reich de la Función Pública y Propaganda, Ministro del Reich de Economía, el presidente del “Reichsbank” alemán, Plenipotenciario para la Economía y miembro del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich. Fue condenado a cadena perpetua.

13. Hjalmar Schacht: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro del Reichstag, Ministro del Reich de Economía, Ministro del Reich sin cartera y presidente del “Reichsbank” alemán. Fue absuelto.

14. Franz von Papen: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro del Reichstag, Canciller del Reich, Vicecanciller de Hitler, Plenipotenciario para el Sarre, negociador del Concordato con el Vaticano, embajador en Viena y Embajador en Turquía. Fue absuelto.

15. Gustav Krupp: entre 1932 y 1945 fue Jefe de la Friedrich Krupp AG, miembro del Consejo General Económica, el presidente de la Unión de la Industria Alemana del Reich, y la cabeza del Grupo

de Minería y Producción de Hierro y Metales del Ministerio del Reich de Economía. No recibió condena.

16. Konstantin von Neurath: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, General de las SS, Ministro del Reich de Asuntos Exteriores, Presidente del Consejo de Gabinete Secreto, y el Protector del Reich para Bohemia y Moravia. Fue condenado a 15 años de prisión.

17. Baldur von Schirach: entre 1924 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, miembro del Reichstag, miembros de las Juventudes del Reich, Jefe del Estado Mayor del Mando Supremo de las SA, Reichsleiter en el Partido Nazi de Educación de la Juventud, líder de la Juventud de la Reich alemán, jefe de la “Hitler Jugend”, integrante de la Defensa del Reich Comisario y Reichsstatthalter y Gauleiter de Viena. Dirigió y participó en los Crímenes contra la Humanidad incluyendo, en particular, medidas antijudías. Fue condenado a 20 años de prisión.

18. Arthur Seyss-Inquart: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, General de las SS, el Consejero de Estado de Austria, ministro del Interior y de Seguridad de Austria, canciller de Austria, miembro del Reichstag, miembro del Gabinete del Reich, Ministro del Reich sin cartera, Jefe de la Administración Civil en el sur de Polonia, Vicegobernador General del territorio polaco ocupado y Comisario del Reich para los Países Bajos ocupados. Líder de la “Anschluss” (unión de Austria a Alemania). Fue condenado a muerte.

19. Julius Streicher: entre 1932 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, del Reichstag, General de las SA, “Gauleiter” de Franconia, editor en jefe del periódico antisemita “Der Stürmer”. Se lo acusó de crímenes contra la Humanidad expuestos en el cuarto Cargo de la Acusación, incluyendo en particular la incitación a la persecución de los judíos establecidos en el primer Cargo y el cuarto Cargo de la Acusación. Sus propagandas en el medio de difusión contribuyeron al genocidio. Fue condenado a muerte.

20. Wilhem Keitel: entre 1938 y 1945 fue jefe del Alto Mando de las Fuerzas Armadas Alemanas, miembro del Consejo del Gabinete Secreto, miembro del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich y mariscal de campo. Firmó el 7 de diciembre el decreto “Nacht und Nebel”. Fue condenado a muerte.

21. Alfred Jodl: entre 1932 y 1945 fue teniente coronel del Ejército de Operaciones del Departamento de la “Wehrmacht”, Coronel, Jefe del (Departamento de Operaciones del OKW, Mayor General, Jefe del Estado Mayor del OKW y el Coronel General. Fue condenado a muerte.

22. Erich Raeder: entre 1928 y 1945 fue Comandante en Jefe de la Armada Alemana “Admiralinspekteur”, “Generaladmiral”, “Grossadmiral” de la Armada alemana y miembro del Consejo del Gabinete Secreto. Cadena perpetua.

23. Karl Doenitz: entre 1932 y 1945 fue Comandante de la flotilla de submarinos “Weddigen”, Comandante en Jefe de la arma de submarinos, Vice-Almirante, Almirante, “Grossadmiral” y Comandante en Jefe de la Armada alemana. Asesor de Hitler, y sucesor de Hitler como jefe del Gobierno alemán. Fue condenado a 10 años de prisión.

24. Hans Fritzsche: entre 1933 y 1945 fue miembro del Partido Nazi, editor en jefe de la agencia de noticias oficial alemana, “Deutsche Nachrichten Buro”, jefe del Servicio de Noticias del Ministerio del Reich de Propaganda, “Ministerialdirektor” del Ministerio de Propaganda del Reich, director de la División de Radio del Departamento de Propaganda del Partido Nazi, y Plenipotenciario para la Organización Política de la Radio de la Gran Alemania. Concluyó absuelto.

El mismo sistema de justicia ejemplificadora de Nuremberg se utilizó para juzgar la responsabilidad penal individual de los máximos líderes del Imperio Japonés.¹⁵⁵ Los juicios de Tokio además contribuyeron a construir la culpabilidad de los mayores jefes y otros líderes de las agencias estatales Japonesas, reformulando, en parte, la teoría militar de la responsabilidad de comando para adaptarla a un mando civil además de militar, y aplicando la teoría de la conspiración tomada del *common law*.

El Tribunal de Nuremberg entendió luego respecto de la responsabilidad penal individual y de personas jurídicas -que serían repu-

155 El Estatuto del Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente reconoció como formas de intervención en el plan criminal, a los (a) líderes; (b) organizadores; (c) instigadores; y (d) cómplices que participaron de la formulación o ejecución de tal plan común o conspiración, para el logro de los crímenes allí afirmados.

tadas por el mismo Tribunal como criminales-, en lo que luego se conoció como los doce procesos de Nuremberg. Los 12 juicios posteriores fueron: Juicio n.º 1: El caso médico; Juicio n.º 2: El caso Milch; Juicio n.º 3: El caso de los jueces; Juicio n.º 4: El caso Pohl; Juicio n.º 5: El caso Flick; Juicio n.º 6: El caso de la I.G. Farben; Juicio n.º 7: El caso de los rehenes; Juicio n.º 8: El caso RuSHA; Juicio n.º 9: El caso Einsatzgruppen (escuadrones móviles de la muerte); Juicio n.º 10: El caso Krupp; Juicio n.º 11: EL caso de los ministerios; Juicio n.º 12: El caso del Alto Comando.¹⁵⁶

Posteriormente, en las zonas de ocupación detentadas por cada una de las potencias aliadas, más de un millar y medio de procesos fueron incoados por los tribunales militares de cada potencia, y una importante cantidad se fundó en crímenes ejecutados por las organizaciones criminales Nazis. Estos constituyeron una especie verdaderamente “sui generis”, ya que estaban integrados por jueces militares de la nacionalidad de cada potencia triunfante, poseían jurisdicción en lo que era la zona de ocupación detentada por la potencia de su nacionalidad, situadas todas en territorio del Reich vencido, y aplicaban Derecho Internacional de fuente convencional -como el Estatuto de Nuremberg- y de fuente consuetudinaria -como la violación de otras leyes y costumbres de la guerra constitutivas de crímenes de guerra-. No eran un tribunal internacional, ya que los jueces eran nombrados por cada Estado vencedor, ni muchos menos mixto, ya que Alemania no contribuía en lo más mínimo a su integración ni funcionamiento, y tampoco eran un tribunal nacional, ya que actuaba extraterritorialmente y aplicaba Derecho Internacional.

Así, los tribunales militares estadounidenses dictaron 1517 condenas contra 1941 personas, de las cuales 324 fueron condenadas a muerte, 247 a cadena perpetua, 946 a penas de prisión temporales, 367 fueron absueltas y 57 casos se suspendieron. En la zona británica hubo 1085 condenas, 240 a muerte; en la zona francesa las condenas fueron 2107, de las cuales 104 fueron a muerte. En la zona soviética hubo 17.886 acusados, de los cuales fueron condenados 8055, 436 a muerte.¹⁵⁷ Coetáneamente a la instalación de los tribunales militares

156 <http://www.elholocausto.net/parte04/0415.htm>

157 Ambos, K. y Meyer, A. ob. cit. Pág. 440 nota. 35.

comenzaron a funcionar los tribunales alemanes que paulatinamente fueron atenuando los castigos.

Existieron luego de Nuremberg, los “procesos domésticos” a cargo de tribunales nacionales de cada país donde habían ocurrido los crímenes, los cuales continúan desarrollándose hasta el presente, en tanto exista la posibilidad de dar con los responsables individuales. De esta forma, se iniciaron una multiplicidad de juicios tanto en Alemania como en el resto de Europa en lo que se llamó proceso de desnazificación, y en el cual otras tantas personas fueron juzgadas y condenadas.¹⁵⁸

Con claridad Ambos y Meyer -Abich distinguen cuatro períodos: el **primero** de *limpieza* de las unidades estructurales nacionalsocialistas, en el que tiene lugar el juicio de Nuremberg y el juzgamiento de los tribunales militares antes referidos, este período va de 1945 a 1949; de 1950 a 1960 existe una **segunda fase** que denominan *política del pasado* en el que los ofensores nacionalsocialistas fueron amnistiados, integrados y protegidos de la persecución penal; un **tercer período** que va de 1960 a 1980 al que llaman de *superación del pasado* en el que comienzan a juzgarse sistemáticamente los casos y a posponerse las peticiones de prescripción de la acción penal; por último una **cuarta** etapa de *preservación del pasado* donde se consolidaron los institutos penales.¹⁵⁹

Los juicios recibieron críticas. En especial del positivismo a ultranza, y de posiciones políticas extremas. Estas críticas no pueden desconocer que, en definitiva, los crímenes nazis fueron resueltos por los tribunales posteriores a Núremberg con la fórmula de Radbruch,¹⁶⁰ por la cual se deja en manos del juez la determinación de una situación compleja: “*En un enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, surgido entre una ley impugnable por su contenido, pero de carácter positivo, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es entre justicia aparente y justicia real. Este conflicto*

158 Kai Ambos y Niel Meyer-Abich.- "ALEMANIA - La superación juridicopenal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialista" En “Justicia de Transición” Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner Editores. Fundación Konrad Adenauer. Año 2009.

159 Ambos y Meyer – Abich; ob. cit. pág. 447.

160 Radbruch, Gustav, Relativismo y derecho, Bogotá, Temis, 1999, p. 35.

lo refleja soberbiamente el Evangelio cuando, en una parte ordena: “Obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros”; y sin embargo en otro lugar manda: “Obedeced más a Dios que a los hombres”.

El conflicto entre justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible, que deba considerarse como 'falso derecho' y ceder el paso a la justicia”. Recordemos que esa fórmula implica un salto del orden jurídico formal hacia una concepción material de justicia cuando los límites legales se tornan insostenibles. Este es el caso de múltiples casos de genocidio que eran disfrazados por las leyes raciales de Núremberg como casos estrictamente legales (v. gr. el impedimento de matrimonios entre judíos y alemanes y las sanciones penales que ello implicaba; etc.).

XVI. El juicio de Eichmann

Para Hannah Arendt el proceso contra Eichmann “...fue ni más ni menos que el último proceso secuela de los de Núremberg...”¹⁶¹

A Eichmann se lo condenó en Jerusalén por haber cometido delitos contra el pueblo judío con ánimo de destrucción en cuatro maneras.; 1° siendo causa de la muerte de millones de judíos; 2° situando a millones de judíos en circunstancias propicias a conducir a su destrucción física; 3° causándoles grave daño corporal y mental; 4° dando órdenes de interrumpir la gestación de las mujeres judías e impedir que dieran a luz. Estos fueron los primeros cuatro cargos de la acusación; los cargos del 5 al 12 versaron sobre delitos contra la humanidad, genocidio contra pueblos no judíos (el pueblo gitano o el polaco).¹⁶²

Dice Arendt que al defenderse Eichmann argumentó que él solamente era culpable de “ayudar y tolerar” la comisión de los delitos

161 Arendt, Hannah “Eichmann en Jerusalén”. Ed. Lumen pág. 379 Año 1967. Sobre el punto, en especial un análisis acerca de los efectos psicológicos de la obediencia en los esquemas de poder, Favarotto, Ricardo Silvio “Mirada crítica acerca del emblemático caso Eichmann” Derecho Penal Internacional”, Ediar, año 2009.

162 Arendt, Hannah, ob. cit. pág. 352/5 Año 1967

de los que se le acusaba, y que nunca acometió un acto directamente encaminado a su consumación. Por el contrario la sentencia del Tribunal de Jerusalén estableció que: *“...las actividades del acusado eran, principalmente, las propias de la persona que instiga, mediante su consejo o asesoramiento, a otros a cometer el acto criminal. Pero, en un delito tan enorme y complicado cual el que nos ocupa, en el que participan muchos individuos, situados a distintos niveles y en actividades de muy diversa naturaleza — planificadores, organizadores y ejecutores, cada cual según su rango— de poco sirve emplear los conceptos comunes de instigación y consejo en la comisión de un delito. Estos delitos fueron cometidos en masa, no sólo en cuanto se refiere a las víctimas, sino también en lo concerniente al número de quienes perpetraron el delito, y la situación más o menos remota de muchos criminales en relación al que materialmente da muerte a la víctima nada significa, en cuanto a medida de su responsabilidad. Por el contrario, en general, el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal”*.

La situación descrita en la sentencia es por demás interesante; frente a las alegaciones del acusado, de no haber participado en los atroces hechos imputados en forma directa, el Tribunal entendió que en estos crímenes complejos en los que intervienen una pluralidad de autores y existen masas de personas víctimas, el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal.

Al desarrollar su tesis de la autoría mediata a través del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras organizadas de poder, Roxin ejemplifica con el caso Eichmann, situación luego tomada por numerosos fallos tanto en Latinoamérica como en Europa.¹⁶³

163 V. ut. Supra punto IV.3; Roxin. C. ob. cit. “El enjuiciamiento dogmático de las relaciones de autoría en el proceso Eichmann” pág. 273/4.

XVII. Los primeros tribunales Ad Hoc: ex- Yugoslavia y Ruanda¹⁶⁴

a. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

1. Antecedentes inmediatos

Yugoslavia surge como Estado al final de la IIGM, implicando la desaparición de la monarquía del rey Petar (Pedro) II. Tito, de ascendencia Croata y Eslovena, emerge como líder indiscutido con el nacimiento de la República Federal Democrática de Yugoslavia. Tras el rompimiento de Tito con la URSS hacia 1948 y su adhesión al movimiento de No- Alineados durante la guerra fría, se creía que Tito había logrado resolver el antiguo problema de los nacionalismos que componían la Federación. Sin embargo, los mismos se encontraban bajo la superficie, especialmente en Croacia y Kosovo. Así, en 1968 tienen lugar violentas demostraciones de Albano Kosovares reclamando el status de república para Kosovo. En 1971, se reforma la constitución, limitando el poder federal a ciertas cuestiones específicas (defensa, relaciones exteriores, política monetaria y fiscal y derechos civiles), dejando las restantes como competencia de los estados miembros de la federación. En Croacia hacia principios de 1970 ocurre una crisis similar, reclamando por la pérdida del nacionalismo a expensas de Serbia. Tito pierde la paciencia, ordena arrestos masivos y una purga de elementos nacionalistas Croatas. Con esto se inicia una purga general de liberales y reformistas, quienes son reemplazados por veteranos leales a Tito, quien además, restringe la prensa, se autoproclama presidente vitalicio y trabaja para aumentar el culto a su personalidad a lo largo de toda Yugoslavia.

Tras la muerte de Tito (1980), reviven los viejos conflictos que, unidos a los problemas económicos surgidos tras la caída del muro de Berlín (1989) tornan inestable la situación. Los conflictos étnicos y religiosos internos derivan en un proceso de escisión del territorio Yugoslavo, iniciado con la declaración de independencia de Croacia y Eslovenia (25/06/1991). Hacia marzo de 1992, los ciudadanos de

164 La sección de los Tribunales Ad Hoc ha sido desarrollada por el profesor doctor Favio Farinella.

Bosnia-Herzegovina se pronuncian en un referéndum a favor de su independencia. Esta declaración es rechazada por el autodenominado “Parlamento del Pueblo Serbio”, constituido por nacionales Bosnios pero étnicamente Serbios que integraban las fuerzas militares Bosnias. Éstos proclaman la creación de la “República Serbia de Bosnia-Herzegovina”, pretendiendo integrarse a Serbia y Montenegro. Al mismo tiempo, en el territorio remanente de Yugoslavia se inicia un proceso de “purificación o limpieza étnica”. Este conflicto eminentemente étnico, fue complejo en cuanto a los grupos enfrentados. En un primer conflicto, encontramos a Serbios y en menor medida, Montenegrinos, en lucha contra Bosnios y Croatas, y en menor medida, Eslovenos, donde se intenta desplazar a estos últimos del territorio Serbio. Un segundo foco de conflicto ocurrido dentro de Bosnia-Herzegovina, de carácter nacionalista pero también religioso, enfrentó a Bosnios (de religión musulmana), con la minoría Serbia que habitaba Bosnia al momento de declarar su independencia (de religión católica). Un tercer conflicto se relacionó con la entonces provincia autónoma de Kosovo (hoy estado independiente), donde los Albano-Kosovares lucharon contra los Serbio-Kosovares por la independencia.

La política de limpieza étnica llevada adelante por el Presidente Serbio Milosevic, implicó la comisión de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violaciones sistemáticas, embarazos y prostitución forzada de mujeres, entre otras formas de violencia estatal masiva.

2. Creación y Competencia del Tribunal ad-hoc

La respuesta de los órganos de la comunidad internacional ante este primer gran conflicto Europeo posterior a la Guerra Fría fue negativamente cauta, debatiéndose si la participación efectiva correspondía a la organización de seguridad regional (OTAN), o a la máxima autoridad mundial (ONU). Finalmente el Consejo de Seguridad ONU¹⁶⁵ decide establecer un Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de

165 CS ONU, Resolución 808, de 22/02/1993.

los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex - Yugoslavia desde el año 1991', conocido simplemente como Tribunal para la ex-Yugoslavia. Pide además al Secretario General de la ONU que prepare un informe, el cual una vez confeccionado, incluiría el Estatuto del Tribunal Internacional. El CS aprueba¹⁶⁶ el Informe y el Estatuto del Tribunal, fundado en el Capítulo VII de la Carta ONU, quedando así legalmente establecido el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia (TPIY). En primer lugar, respecto de la competencia *en razón de las personas*, el TPIY se halla habilitado para juzgar sólo a las personas físicas.¹⁶⁷ Responderá individualmente "*Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar*"¹⁶⁸ los delitos internacionales previstos en el Estatuto.

En cuanto a la competencia material, el Tribunal entiende respecto de quienes cometan o den la orden de cometer "*infracciones graves a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949*"¹⁶⁹, que constituyen el cuerpo normativo del llamado Derecho Internacional Humanitario¹⁷⁰, como también las violaciones a las leyes o prácticas de guerra.¹⁷¹

166 Los documentos son presentados ante el Consejo de Seguridad, quien lo aprueba mediante Resolución 827 del 25/05/1993.

167 Estatuto TPIY, Artículo 6.

168 Estatuto TPIY, Artículo 7.1.

169 Estatuto del TPIY, Artículo 2. Las IV Convenciones de Ginebra de 1949 constituyen el corpus juris del Derecho Internacional Humanitario.

170 El art. 2° del Estatuto enumera estos actos: " (...) a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención: a) el homicidio intencionado; b) la tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; d) la destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala; e) obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas; f) privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial; g) la expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal; h) la toma de civiles como rehenes".

171 El art. 3° del Estatuto enumera de manera enunciativa: "tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes: a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias

El genocidio es el segundo delito que cae dentro de la competencia del TPIY, definido como 'cualquiera de los actos [luego enunciados], cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal'.¹⁷² La competencia del TPIY se ciñe a las formas de comisión que impliquen el asesinato; graves atentados contra la integridad física o psíquica; sometimiento del grupo a condiciones que conlleven su destrucción física; medidas para dificultar los nacimientos; y los traslados forzosos de niños a otro grupo.¹⁷³

Entre las formas de participación, se castiga el genocidio; la colaboración para cometerlo; la incitación; la tentativa y la complicidad.¹⁷⁴

Por último, el TPIY es competente para juzgar crímenes contra la humanidad, incriminando como tales las siguientes conductas en tanto hubieran sido cometidas “*en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: 1) Asesinato; 2) Exterminación; 3) Reducción a la servidumbre; 4) Expulsión; 5) Encarcelamiento; 6) Tortura; 7) Violaciones; 8) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; 9) Otros actos inhumanos.*”¹⁷⁵

3. Legado: la empresa criminal conjunta y otros aportes

Desde su creación, el TPIY ha finalizado los procedimientos contra más de 120 acusados de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y genocidio, contribuyendo al desarrollo del DIPenal tanto sustantivo como procedimental.¹⁷⁶

militares; c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; e) El pillaje de bienes públicos o privados.”

172 Estatuto TPIY, Artículo 4.1.

173 Estatuto TPIY, Artículo 4.2.

174 Estatuto TPIY, Artículo 4.3.

175 Estatuto TPIY, Artículo 5.

176 Nos basamos en los documentos oficiales del TPIY, www.icty.org/sid/10405 mayo de 2011.

Los jueces del TPIY han definido por primera vez los elementos de los crímenes, los modos de responsabilidad penal y los límites de la doctrina de la responsabilidad de comando. En el caso “Kunarac” se delimitó lo que constituye esclavitud como crímenes contra la humanidad, y la relación entre crímenes de género y el derecho consuetudinario.¹⁷⁷ En “Erdemovic” se determinó que la imposibilidad moral de opción (duress) no constituye una defensa absoluta en caso de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.¹⁷⁸

Los orígenes de la doctrina de la empresa criminal conjunta (ECC), hoy uno de los modos de responsabilidad penal más comúnmente utilizados por los tribunales internacionales, tienen lugar en el caso Fiscalía contra Dusko Tadic¹⁷⁹, donde la Cámara de Apelaciones dejó en claro las tres categorías de ECC, que fue luego redefinida en otros casos como Kvočka y ot.; Brđanin; y Krajišnik. El TPIY se basó precisamente en la ECC para procesar a Slobodan Milosevic por los crímenes ocurridos en Kosovo, Bosnia y Croacia¹⁸⁰, primera acusación formal en la historia por crímenes de guerra contra un Jefe de estado en ejercicio.

Existen tres posibles formas de una ECC: (i) la básica; (ii) la sistemática; y la (iii) extendida, las cuales difieren conforme la intención criminal (*mens rea*) requerida en el acusado. En (i) la responsabilidad nace cuando el acusado se propone participar en una ECC y además, se propone la comisión de uno o más crímenes para promo-

177 Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Case No. IT-96-23, Appeal Judgement, 12 June 2002, págs. 106-124.; Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Case No. IT-96-23-T, Trial Judgement, 22 February 2001, paras 515-543.

178 Prosecutor v. Dražen Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Appeal Judgement, 7 October 1997, para. 19.

179 Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-A, Appeal Judgement, 15 July 1999, paras 195-229. Sobre el punto Pocar, Fausto “Aspectos de la Teoría de la empresa criminal común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en “Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos” Infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pág. 1 y ss. Año 2014.

180 Ver Prosecutor v. Slobodan Milošević et al., Case No. IT-99-37-PT, Second Amended Indictment (Kosovo), 16 October 2001, paras 17-18, 53, 62-68; Prosecutor v. Slobodan Milošević, Case No. IT-02-54-T, Amended Indictment (Bosnia), 22 November 2002, paras 5-9, 24-26; Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Case No. IT-02-54-T, Second Amended Indictment (Croatia), 27 July 2004, paras 5-10, 26-28.

ver el plan de la ECC.¹⁸¹ Aquí el acusado responderá aún cuando no haya participado en la comisión, siempre que su contribución haya sido significativa. En (ii) se requiere que el acusado tuviera conocimiento personal del sistema de violencia masiva, y se propusiera promover tal sistema. En (iii) tras establecer que el acusado es miembro de la ECC, puede ser responsabilizado por crímenes respecto de los cuales no tuvo intención de cometer, pero que son la consecuencia previsible de promover el plan de la ECC.¹⁸²

El fundamento de esta doctrina deriva directamente de los esquemas de criminalidad colectiva en los cuales “[...] es extremadamente difícil determinar con exactitud la contribución específica que cada participante, en lo individual, tuvo [en el crimen]”.¹⁸³ Esta teoría intenta no subestimar el grado de responsabilidad, considerando como simples partícipes o perpetradores secundarios, a todas aquellas personas que, aunque interviniendo en el crimen, no son los autores materiales de la conducta.

En “Čelebići”, el Tribunal clarificó la responsabilidad del superior, interpretando el Estatuto en relación con el requisito subjetivo de intención (*mens rea*¹⁸⁴) y la naturaleza de la relación entre el superior y sus subordinados.¹⁸⁵ En “Kordić” y “Čerkez” se confirmó la idea establecida en “Čelebići” en relación a que tanto los líderes civiles como militares pueden ser responsabilizados por los actos cometidos por sus subordinados.¹⁸⁶

Los crímenes de género fueron especialmente receptados por el TPIY. Por ejemplo, el acusado Hazim Delićin en el caso “Čelebići” fue el primero en ser condenado en base a considerar sus actos de

181 TPIY, Prosecutor v. Brđanin Appeal Judgement, para. 365, 430-431. Véase también Prosecutor v. Vasiljević Appeal Judgement, para. 101.

182 TPIY, Prosecutor v. Brđanin Appeal Judgement, para. 410-413.

183 Cassese, Antonio, “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, 5 Journal of International Criminal Justice 109, 2007, pág. 110.

184 Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (“Čelebići”), Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001 (“Čelebići Appeal Judgement”), paras 216-241.

185 Čelebići Appeal Judgement, paras 242-267.

186 Prosecutor v. Dario Kordić & Mario Čerkez, Case NO. IT-95-14-2, Trial Judgement, 26 February 2001, paras 402-416.

violación como tortura¹⁸⁷, considerándolos una violación grave del DIH. Finalmente, en “Furundžija se clarificó la definición de tortura y se sentaron los elementos específicos del delito de violación.¹⁸⁸

La línea del TPYP, a partir de “Tadic”, pareció cambiar a partir de los casos “Gotovina” y “Peresic”, en el cual las Salas de apelación presididas por el Juez Theodor Meron revirtieron las condenas y dictaron la absolución de los imputados. En el último caso el tribunal señaló que la figura de la participación exige que exista siempre una acción que esté "direccionada específicamente"¹⁸⁹ a la comisión de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra, esto es, de delitos de lesa humanidad durante un conflicto armado internacional o interno. Esa direccionalidad puede presumirse, de acuerdo al Tribunal, cuando el imputado esté próximo al lugar del hecho (doctrina de ambos fallos). El general Perisic estaba siendo juzgado por los crímenes de guerra cometidos por personal del llamado Ejército Serbio de Krajina (en Croacia) y del llamado Ejército de la República Srpska (en Bosnia-Herzegovina), entre agosto de 1993 y noviembre de 1995, que incluyeron el bombardeo de Zagreb y los aberrantes ataques perpetrados contra civiles inocentes en las ciudades bosnias, en particular en Sarajevo y Srebrenica. Según la Sala Perisic no tenía “control efectivo” sobre quienes, en los hechos, fueron los responsables directos de la comisión material de los aberrantes delitos. Se destacó que Perisic nunca tuvo presencia física en el escenario mismo de los crímenes. El principio establecido es, entonces, que el oficial militar superior sólo puede ser responsable si, en un caso particular, tiene un “control efectivo” sobre sus presuntos subordinados. Perisic, por ejemplo, había comunicado a las fuerzas serbias que actuaban en Croacia que no debía bombardearse a Zagreb, pese a lo cual el bombardeo se hizo. Este fallo fue objeto de múltiples críticas, entre otras, se desta-

187 Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (“Čelebići”), Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998, paras 1253, 1262-1263; Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (“Čelebići”), Case No. IT-96-21-A, Appeal Judgement, 20 February 2001, para. 427.

188 Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Appeal Judgement, 21 July 2000, paras 109-114; Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17-T, Trial Judgement, 10 December 1998, paras 159-186.

189 En el derecho interno esa idea se conjuga en los principios de comunidad de acción y convergencia intencional. v. supra punto V.

can las del propio ex-presidente del TPIY, doctor Fausto Pocar, quien resaltó que “si se afirma que la ilegalidad de los medios empleados para conseguir el fin ilegal constituye un criterio esencial para determinar la existencia de una empresa criminal común, resulta frecuente que los más altos responsables de los crímenes no podrán ser considerados partícipes en la empresa criminal. Se punirían sólo los que cometen crímenes específicos; es decir, los miembros del grupo de nivel menor. Sin embargo, [...] la teoría de la empresa criminal común persigue precisamente el objetivo de punir a los más altos responsables de crímenes internacionales”.¹⁹⁰ Fallos posteriores de la Corte Especial para Sierra Leona y del mismo TPIY dejaron de lado la exigencia de la direccionalidad específica, que en rigor fue un argumento más para absolver a “Perisic”,¹⁹¹ pero no el único. No puede descartarse que haya sido evaluado el comportamiento global del imputado, que había ordenado que no se bombardeara en Zagreb. Su absolución, fue por otra parte, por aplicación del beneficio de la duda.

En el ámbito local, la doctrina de la “dirección específica”, que exige este elemento *adicional* del aspecto externo del *actus reus* de la participación, fue uno de los argumentos que invocaron los defensores para intentar deslindar de responsabilidad a los perpetradores de los crímenes cometidos en la Escuela de Mecánica de la Armada.

Especial tratamiento tuvo este extremo en la célebre causa “ESMA”¹⁹², donde los integrantes de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, con el señero voto del juez David¹⁹³, al que adhirieron los jueces Slokar y Ledesma, examinaron en profundidad el derrotero jurisprudencial en torno de la doctrina de la “dirección

190 “Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia” en *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*, Infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Año 2014, pp. 1-7.

191 Caso “Taylor” de la Corte para Sierra Leona; y caso “Sainovic” de la TPIY

192 Expte. N° 15496, caratulado: “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, rto. el 23/04/14, reg. N° 630/14, de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal. En esa sentencia los imputados fueron condenados en calidad de como autores y coautores –o partícipes– de los crímenes imputados.

193 El Juez Pedro David había integrado la Sala de Juicio del TPIY en el caso Perisic, y había descartado expresamente la doctrina de la “dirección específica” como requisito adicional, con cita de precedentes anteriores (Mrsic y Blajojevic)

específica”, a partir de los precedentes emanados de distintos tribunales internacionales. Así, de aquel análisis coligieron que debía rechazarse “inequívocamente el enfoque adoptado en la sentencia de apelaciones en Perišić, por encontrarse directa y materialmente en conflicto con la jurisprudencia prevaleciente y con el derecho internacional consuetudinario relacionado con el *actus reus* de la participación”. Afirmaron que “toda la jurisprudencia que constituye el derecho internacional consuetudinario (fuente aplicable en el caso de delitos de lesa humanidad conforme entendió nuestra Máximo Tribunal en la causa Simón), confirmó que entre el antecedente de Perišić y el de Mrkšić and Šlijančanin y Lukić y Lukić, predomina este último, sosteniendo entonces el derecho prevaleciente que la dirección específica no es un elemento esencial del *actus reus* de la participación, reflejando ello el derecho internacional consuetudinario y el estándar legal que de modo constante y consistente ha sido aplicado para determinar la responsabilidad del partípe”.

Esta doctrina entonces, desarrollada minuciosamente en el fallo de casación descarta categórica e indiscutiblemente cualquier cuestionamiento respecto de la responsabilidad de un individuo que, pese a encontrarse distante geográficamente de la comisión del crimen, se encuentra próximo al ejecutor directo mediante la impartición de órdenes y directivas tendientes a la comisión de esos crímenes.

Esta decisión que fue confirmada ulteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁹⁴, fue objeto de reconocimiento por parte de calificada doctrina en la materia. En esa línea, el Fiscal General a cargo de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, doctor Jorge Auat, remarcó que el voto de la mayoría en el fallo Perišić “fue inmediatamente receptado y argüido por aquellos que vieron allí una posibilidad de extender los efectos de esa jurisprudencia internacional a nuestro medio. Desde luego, una afirmación en estos términos sobre la participación de los altos mandos militares en empresas criminales como el terrorismo de Estado puede tener efectos deletéreos en las causas que, en nuestro país, investigan y juzgan los delitos de lesa humanidad. Desde luego que si esto se aplicara, se

194 CSJ 3687/2014/RH1, “Acosta, Jorge Eduardo y otros”, rta. el 12/05/2015.

reduciría enormemente el número de los responsables y allí tendríamos un escenario de injusticia intolerable, colocando una piedra más en el camino a la imputación. Esta jurisprudencia es la que pretenden importar quienes militan, en nuestro país, por la impunidad de los responsables de semejantes crímenes. Y advertida la Cámara de Casación de la estrategia pergeñada, en un encomiable esfuerzo, derramó abundante caligrafía y le cerró el camino a una ambición semejante”.

Más aún, destacó que “magistralmente, el tribunal de Casación puso blanco sobre negro y aclaró con abundante argumentación los alcances del fallo aludido, que -por otra parte- fue rectificado por otro tribunal internacional. Esta respuesta jurisdiccional local al caso echa por tierra incuestionablemente cualquier pretensión de colgarse del criterio del TPIY. Para elaborarla, la Cámara de Casación tomó como referencia -además de otras consideraciones- precisamente el voto en disidencia del fallo en el caso Perišić que define con claridad meridiana la incorrecta orientación de la mayoría, cuya confusión se pone en evidencia al exigir injustificadamente un requisito más a la participación en el delito, lo que obviamente significa ponerle un blindaje a la impunidad. En este sentido, el fallo al que se recurre como atajo para eximir de responsabilidad a los autores de crímenes de esa magnitud hace una interpretación sesgada de antecedentes jurisprudenciales que no expresan lo que allí se sostiene. En contrapartida, nuestros camaristas Ledesma, David y Slokar desmenuzan el voto en disidencia de Perišić, que claramente advierte que las sentencias citadas no hablan de la ‘dirección específica’, y establecen que, en estos casos, probablemente un acusado pueda estar geográficamente distante de la comisión del crimen que se le imputa, pero en realidad se encuentra próximo al ejecutor mediante la impartición de órdenes y directivas tendientes a la comisión de esos crímenes, de modo que el atajo de la cercanía geográfica es del todo improcedente”.¹⁹⁵

195 “La justicia que no abarque la totalidad del crimen deja el sabor amargo de la injusticia” en *Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 67-69.

b. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda

1. Antecedentes inmediatos

Rwanda, antigua colonia belga, constituye una de las tantas consecuencias ruinosas del colonialismo. Tras un breve y conflictivo período independiente, en octubre de 1990 rwandeses opositores en el exilio organizados en el Frente Patriótico Rwandés (FPR) invaden con el apoyo de Uganda, el país, dando comienzo a una guerra civil, donde se utilizaba al racismo como eje para la instigación y encubrimiento del delito de genocidio en contra de miembros de la etnia Tutsi, masacre perpetrada por grupos paramilitares Hutu.

El presidente Habyarimana inicia una serie de reformas políticas sintetizadas en la firma de un acuerdo de paz entre su gobierno y el FPR en Arusha, Tanzania (04/08/1993). La muerte del presidente Habyarimana en un sospechoso accidente aéreo sobre Kigali (03/04/1994), constituye el acontecimiento detonante, desatándose una ola de violencia étnica en contra de los Tutsi y otros opositores. El FPR logra controlar la capital el 4/07/1994, deteniendo el genocidio e instaurando un nuevo Gobierno, cuya primera tarea consistió en restablecer el orden público y reconstruir las instituciones políticas y económicas. En los tres meses de guerra civil se calcula que cerca de un millón de Tutsi fueron masacrados por los paramilitares y el ejército regular. El genocidio se había consumado.

Es claro que nada sucedió de repente: existía un plan anterior tendiente a perpetrar el genocidio. Durante meses la Radio – Televisión Libre des Mille Collines (RTMC) difundió diariamente propaganda racista incitando a la violencia e instando a los oyentes a que exterminaran a los Tutsi. Así, la pertenencia étnica de una persona se constituyó en su condena a muerte, confirmando el pensamiento de ARENDT acerca del enemigo objetivo.

La ONU interviene para castigar a los responsables creando un tribunal internacional.

2. Creación y Competencia del Tribunal ad-hoc

Al igual que con Yugoslavia, la respuesta de la sociedad internacional se hizo esperar. Conforme los comentarios realizados al autor por el

Profesor William Schabas participante en varias inspecciones *in loco* en Rwanda, diversos organismos públicos y privados de Derechos Humanos venían denunciando ya desde 1991 la ocurrencia de diversos delitos que hacían prever el futuro genocidio y otros crímenes contra la Humanidad. Sin embargo estas denuncias no produjeron reacciones de peso a fin de prevenir las atrocidades. Recién a fines de 1994 el Consejo de Seguridad ONU¹⁹⁶ decide crear un Tribunal Internacional encargado de procesar a los responsables de planear, organizar y ejecutar el genocidio y otras violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y Estados vecinos entre el 1/01 y el 31/12 de 1994, en contra de la minoría Tutsi.

Aun considerando que los crímenes que caen dentro de la competencia del Tribunal forman parte del *jus cogens*¹⁹⁷, además de constituir una amenaza a la paz y seguridad internacionales, una primera cuestión a elucidar fue el carácter eminentemente *doméstico* del conflicto. Era necesario fundamentar jurídicamente la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra y demás leyes y prácticas de la guerra), saltando la valla de la *internacionalidad* del conflicto requerida por Ginebra, a fin de aplicar en toda su extensión la protección de la persona humana allí prevista, en lugar de la protección acotada del Artículo 3 común a todos los convenios.¹⁹⁸ Respetando el principio de no injerencia, pero aplicando las medidas

196 Consejo de Seguridad ONU, Resolución 955 (8/11/1994).

197 El *jus cogens* o norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, Artículo 53, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, vigencia 27/01/1980.

198 Específicamente, Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). El objetivo del Protocolo II es garantizar la aplicación de las normas fundamentales del derecho de los conflictos armados a los conflictos internos, sin, por ello, restringir el derecho ni los medios de que disponen los Estados para mantener o restablecer la ley y el orden. Tampoco puede utilizarse para justificar una intervención extranjera (art. 3). El hecho de conformarse a las disposiciones del Protocolo II no implica, pues, el reconocimiento de ningún tipo de estatuto particular a los grupos armados de oposición. Ver Comité Internacional de la Cruz Roja, mayo 2007, www.icrc.org

coercitivas habilitadas por la existencia de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales¹⁹⁹, la ONU envía una fuerza internacional de paz. El conflicto quedaba delimitado entre el gobierno Rwandés y un grupo insurgente o movimiento de liberación nacional, según el carácter que le fuera reconocido.

El Estatuto del TPIR es una repetición del que se había formulado para la ex Yugoslavia, con la diferencia que en Rwanda no podía invocarse la internacionalidad del conflicto.

El TPIR es competente para perseguir sólo a las personas físicas que hubieran cometido genocidio²⁰⁰, castigándose además de su comisión, la colaboración, incitación, tentativa y complicidad²⁰¹, crímenes contra la humanidad²⁰², y violaciones del Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II²⁰³.

Por su parte el gobierno Rwandés comienza en abril de 1995, procedimientos judiciales domésticos basados en el sistema de justicia tribal (las llamadas “gacaca courts”²⁰⁴) cuyo objeto principal consiste en obtener la verdad, justicia y reconciliación.

3. Legado

La sentencia en “Akayesu”, ex-Intendente de una comuna en la prefectura de Gitarama, constituyó un hito histórico, al ser la primera condena a cadena perpetua por la comisión de genocidio establecida por un Tribunal penal internacional.²⁰⁵

La Cámara de Apelaciones tomó en 2006 una decisión trascendental ya que comunicó a sus tribunales inferiores, y a pedido de

199 Carta ONU, Artículo 2, párr. 7.

200 Estatuto TPIR, Artículo 5 y respecto del Genocidio, Artículo 2, inc. 2º y 3º.

201 Estatuto TPIR, Artículo 2, inc. 3: “Serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.”

202 TPIR, Artículo 3.

203 TPIR, Artículo 4.

204 El sistema de justicia Tribal Rwandés posee diferencias y peculiaridades respecto del sistema judicial promovido desde Occidente.

205 *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR 96-4-T, Judgment (Sept. 2, 1998); *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR 96-4-T, Sentence (Oct. 2, 1998).

la Fiscalía²⁰⁶, una orden por la cual afirmaba que entre el 6/04/1994 y el 17/07/1994 había ocurrido en Rwanda un genocidio en contra de la etnia Tutsi. Desde ese momento, no fue necesario para la Fiscalía la prueba de la ocurrencia de un genocidio en cada caso particular.

El TPIR fue el primero luego de Nuremberg en condenar a un jefe de gobierno. El ex-Primer Ministro del gobierno Interino de Rwanda, Jean Kambanda, fue hallado culpable de genocidio y sentenciado a prisión perpetua.²⁰⁷ Fue éste además el primer caso en el cual un jefe de estado se declara culpable de genocidio.

En Noviembre de 2007, la Corte de Apelaciones del TPIR, reafirmó la posibilidad de aplicar la doctrina de la responsabilidad de comando al liderazgo civil tanto superior como intermedio en el caso “Nahimana”, quien había utilizado a los medios de comunicación para incitar al genocidio y la perseguir a la minoría Tutsi.²⁰⁸

Los crímenes de naturaleza sexual recibieron también especial atención, en tanto más de 250.000 mujeres fueron víctimas de violaciones y abusos sexuales sistemáticos como parte de la comisión del genocidio. Así, se decidió que la violación y otros actos de violencia sexual constituían “graves daños físicos y mentales” dirigidos a destruir a los miembros de la etnia Tutsi.²⁰⁹ Por ejemplo, Akayesu fue condenado por delitos de violación ejecutados por sus subordinados, en función de la teoría de la responsabilidad de mando.

XVIII. Caracteres comunes de los Tribunales ad-hoc

La existencia de la responsabilidad por crímenes internacionales es independiente de la eventual tipicidad doméstica.²¹⁰ Dijo el tribunal

206 En el caso *Prosecutor v. Karemera*, Case No. ICTR 98-44-AR73(C), Decision on Motion for Reconsideration (Dec. 1, 2006).

207 *Prosecutor v. Kambanda*, Case No. ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence (Sept. 4, 1998).

208 *Nahimana v. Prosecutor*, Case No. ICTR 99-52-A, Appeals Judgment, at 346 (Nov. 28, 2007).

209 *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR 96-4-T, Judgment, 706-07, 731-34 (Sept. 2, 1998).

210 Principio II expresa: 'El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabili-

de Nüremberg: '...la verdadera esencia de la Carta [del Tribunal] es que los individuos poseen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el estado del cual es nacional.'²¹¹ Sin embargo, como la aplicación del Derecho Internacional Penal es competencia primaria de las jurisdicciones domésticas, el juez nacional enfrentará graves dificultades si intenta fundar su jurisdicción, en la 'tipicidad consuetudinaria' del delito internacional, o si aún existiendo instrumentos internacionales vigentes, el estado cuya jurisdicción ejerce, no ha ratificado tal instrumento, o si aún habiéndolo hecho, no ha incorporado la figura y la pena en su legislación interna. En todos estos casos, estaría contraviniendo la interpretación doméstica del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege". Para la jurisdicción internacional, en cambio, la tipicidad consuetudinaria ha sido en varias situaciones, el fundamento de su jurisdicción.²¹²

La obligación de los estados de luchar contra la impunidad -y castigar a los responsables de delitos internacionales- puede analizarse en función de un cuádruple criterio:

(a) la ampliación de las formas de participación criminal internacional, intentando abarcar a la totalidad de los intervinientes;

(b) la irrelevancia del cargo oficial, a efectos de la persecución penal;

(c) la utilización predominante por los tribunales internacionales de las doctrinas de responsabilidad de mando y empresa criminal conjunta; que en derecho interno, encuentran su correlato en el dominio por organización Roxiniano, con el fin de romper la dogmática

dad en derecho internacional a quien lo haya cometido.' Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Resolución de la Asamblea General 95 (I), adoptada el 11 de Diciembre de 1946.

211 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nürnberg 1947, pág. 223.

212 Estatuto del Tribunal de Nüremberg y demás procesos iniciados a partir de la Ley del Control aliado No. 10, respecto de los calificados como 'crímenes contra la humanidad' que se basaban en la tipicidad consuetudinaria. También Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kolk y Kislyiy v. Estonia: Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva, Demandas No. 23052/04 y No. 24018/04, de fecha 17/10/2006.

penal clásica y despejar el camino hacia los líderes -autores mediatos- y,

(d) la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, que despeja el camino hacia la sanción de los autores directos.

A partir de Nüremberg, los cuatro pilares se irán repitiendo en todos los estatutos constitutivos de tribunales internacionales y mixtos²¹³, cuyo objeto sea el procesamiento de responsables de crímenes internacionales. Los cuatro criterios no deben analizarse aisladamente, ya que forman parte de un todo. Intentan consolidar la última ratio del sistema de protección internacional de los derechos humanos: la sanción penal frente a la violación ya ocurrida.

Los Estatutos de los tribunales penales ad-hoc para la ex-Yugoslavia (TPIY) y Rwanda (TPIR) aceptan la responsabilidad individual penal, afirmando como ámbito personal: ‘...a los presuntos responsables de violaciones del DIH (...TPIY)’; y ‘...a los presuntos responsables de violaciones graves del DIH (...) y a ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza (...TPIR).’²¹⁴ Como formas de participación, ambos Estatutos incluyen en forma amplia, a quien ‘haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados (...)’²¹⁵. Ambos Estatutos aceptan los criterios mencionados.²¹⁶

Finalmente, para no quedarnos solo con los dos primeros Tribunales internacionales penales ad-hoc, debemos decir que también el ER que crea la Corte Penal Internacional incluye los cuatro pilares.²¹⁷La tendencia se consolida en el siglo XXI con los estatutos de

213 Hacemos mención a las decisiones de los tribunales ad-hoc de Yugoslavia y Rwanda, las resoluciones preliminares de la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales ad-hoc y mixtos, junto con ciertas decisiones domésticas fundadas tanto en el propio derecho interno como en el DI.

214 Estatuto TPIY, Artículo 1 y Estatuto TPIR, Artículo 1, respectivamente.

215 Estatutos TPIY y TPIR, Artículos 7.1 y 6.1 respectivamente.

216 Estatuto TPIY, Artículo 7; Estatuto TPIR, Artículo 6.

217 Los tribunales internacionales y mixtos fueron estatuidos a partir de los siguientes documentos: La Carta de Londres que instituyó el TMI de Nüremberg (1945); la Resolución del CS ONU 827 (25/05/1993) que establece el Estatuto del TPIY (Ar-

los tribunales penales ad-hoc de Sierra Leona, Líbano y las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Cambodia.²¹⁸

XIX. El Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma constituye la carta de ciudadanía del derecho penal internacional. Ha permitido la concreción del principio de “*lege scripta, previa y stricta*” para los crímenes del derecho penal internacional y de un tribunal que, a diferencia del de Nuremberg, de Tokio y los “*ad hoc*” para el juzgamiento de los genocidios de la ex Yugoslavia y Ruanda, se encuentre constituido con anterioridad al juzgamiento de los crímenes.

El Estatuto prevé los siguientes delitos (art 5):a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y el d) El crimen de agresión. Mas adelante se desarrollan los requisitos típicos de cada uno de estos crímenes (arts 6/8).

Limitaremos, por razones metodológicas, nuestro trabajo al análisis de la responsabilidad de los autores. En tal sentido el Estatuto distingue entre la responsabilidad penal individual (art. 25) y la responsabilidad de los jefes y otros superiores (art. 28).

1. La responsabilidad penal individual

En cuanto a la responsabilidad penal individual prevé sanciones sólo para las acciones típicas dolosas, y descarta situaciones de culpa (art. 30).

título 7, para. 1 y Artículo 23, para. 1) y la Resolución 955 (8/11/1994) que establece el TPIR (Artículo 6, para. 1, Artículo 22, para. 1).

218 El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, establecido por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona de acuerdo a la Resolución de CS 1315 del 14/08/2000; La Ley de Cambodia sobre el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias con la inclusión de enmiendas promulgada el 27/10/2004, estableciendo el Tribunal que investiga las atrocidades cometidas por el Khmer Rouge; el Estatuto para el tribunal Internacional del Líbano, Artículo 3.1.b, CS UN Resolución 1757 adoptada en su 5685 sesión en 30/05/2007.

Es responsable aquel que cometa el “*crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”; son los casos de autores individuales, coautores y autores mediatos²¹⁹.

Es también responsable quien “*Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa*”; se castiga así las situaciones de instigación.²²⁰ Por último quien “*Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión*”; son los casos de complicidad primaria y secundaria, y de encubrimiento.²²¹

Las asociaciones delictivas tienen su espacio en el Estatuto, que prevé la situación de quien “*Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional*”.²²² Se trata de la participación en organizaciones criminales. No es necesario que el delito se haya consumado, sino que la organización lo haya intentado realizar. A diferencia del Estatuto de Nuremberg, donde se castiga por la mera participación en organizaciones (S.S. o S.A.), el Estatuto de Roma requiere que el crimen haya quedado, al menos, en grado de tentativa; es decir, no se castiga la mera pertenencia a un grupo sino lo que ese grupo ha hecho o intentado realizar.

Para habilitar la imposición de la sanción se requiere, además, el propósito de realización del crimen de parte del grupo y el conocimiento efectivo del grupo de su comisión. Actúa intencionalmente quien se propone incurrir en una conducta delictiva o en relación con una consecuencia se propone causarla, o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Por "conocimiento" el Estatuto entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. En concordancia, el artículo 30 del Estatuto de la Corte aclara que la persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

219 Art. 25 inc. a. del Estatuto de Roma.

220 Art. 25 inc. b. del Estatuto de Roma

221 Art. 25 inc. c. del Estatuto de Roma

222 Art. 25 inc. d del Estatuto de Roma.

El Estatuto trata en forma especial la participación en el delito de genocidio. Castiga en forma autónoma la *instigación directa y pública a que se cometa*, lo cual implica, contrario sensu, que en el resto de los delitos previstos en el Estatuto esa acción (la instigación directa y pública a la comisión) resulta impune. Cabe recordar que el Estatuto prevé delitos internacionales sin perjuicio de las sanciones que operan en el orden local. En nuestro país la instigación del artículo 209 del código penal sanciona al que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, es decir, la legislación interna, a diferencia de la internacional, sanciona las conductas de instigación pública cualquiera sea el delito que se instigue públicamente a cometer.

Es decir, el genocidio tiene una ubicación preferente en el Estatuto de Roma. Así se desprende de la previsión de una situación de castigo anterior a la tentativa, y que se formula como el “intento de cometer el crimen *mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad*”²²³. Por otra parte, sólo para el genocidio se prevé la circunstancia premial para quien desiste de la comisión del crimen o impide de otra forma que se consume, si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

Los artículos 31/3 del Estatuto prevén diversas circunstancias eximentes de responsabilidad penal, a saber:

1. el padecimiento de una enfermedad o deficiencia mental que prive de su capacidad a la persona para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; o cuando la persona estuviere en un estado de intoxicación que derive en similares consecuencias;

2. la actuación en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos;

223 Art. 25 inc. e del Estatuto de Roma.

3. la coacción de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza;
4. el error de hecho o error de derecho (art. 32);
5. el dictado de órdenes superiores, en tanto no fuesen manifiestamente ilícitas y quien la cumple no conozca la ilicitud (art. 33).

2. La responsabilidad penal de los jefes y otros superiores

El artículo 28 prevé distintas situaciones vinculadas a la responsabilidad de jefes y otros superiores.

El estatuto parte de un criterio realista al determinar la responsabilidad del Jefe militar o de quién actúe como tal; es decir, no se requiere un título de jefe sino una actividad que evidencie mando. La responsabilidad lo es por los crímenes cometidos por las fuerzas a su mando y control. Se requiere que el control sea efectivo; es decir, no alcanza con que las tropas se encuentren bajo el mando sino que además se requiere un control, y este control además debe ser efectivo, no virtual ni nominal. Mando y control o autoridad y control significa tener el poder pero a su vez poder ejercerlo.

La responsabilidad lo es, justamente, por no haber ejercido sobre ese grupo de dependientes sobre los que se tiene mando o autoridad y control, el cuidado apropiado o debido para evitar los crímenes o que luego no haya tomado medidas tendientes a castigar a los responsables. Obsérvese que se describe una situación de garante sobre los bienes jurídicos de las víctimas a partir de una posición de deber, similar a la autoría por infracción de deber.²²⁴

El concepto en torno a la responsabilidad de los jefes es el de control apropiado sobre los subordinados; cuando se tiene autoridad o mando y control efectivo cabe exigir el ejercicio apropiado de ese control. Lo decisivo es el control efectivo (no necesariamente derivado de la autoridad formal). Quien de hecho comanda un grupo de manera efectiva responde por las acciones y omisiones criminales, si no las evita o posteriormente no las castiga, en tanto se pueda probar que ejercía un poder efectivo. De igual forma la autoridad formal se

224 V. supra III.V.

exime demostrando la ausencia de poder de control efectivo sobre los actos de sus subordinados “formales”. Si existe falta de control efectivo (primer requisito) no existiría responsabilidad de comando, con lo cual se vuelve abstracto el segundo requisito (la pregunta sobre si conoció o tenía motivos para conocer la ejecución de las conductas criminales por parte de sus subordinados).

Además de la necesidad de control a fin de probar la responsabilidad de mando, el Estatuto establece cuándo existe el requisito del conocimiento real. Este se da cuando el jefe haya conocido o, en razón de las circunstancias del momento, haya tenido razones para conocer que sus hombres estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; o aún cuando tal conocimiento previo no existiera, no haya adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para reprimir la comisión de los hechos o puesto el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Así que el requisito del *conocimiento real* se suma al del *control efectivo*.

Se requiere, entonces, que el Jefe hubiera tenido conocimiento de los crímenes o que hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Los crímenes deben haber ocurrido en la esfera de responsabilidad y control efectivo del imputado.

El Estatuto adopta un concepto preponderantemente cognoscitivo del dolo (saber es querer), cuando la persona ha actuado en el ámbito de su autoridad o mando y con efectivo control de la situación. La situación de poder institucional sumado a su conocimiento implica la existencia de dolo. La conceptualización del estatuto, se asemeja a la de autoría por infracción de deber.

XX. Los casos en la Argentina

1. Breve panorama de la situación

Latinoamérica sufrió los embates del conflicto este /oeste y, en ese marco, sustentadas por las doctrina de la seguridad nacional de la Escuela de las Américas e imbuidos por la metodología de lucha contra los grupos insurgentes desarrollada por los militares franceses

primero en Indochina y luego en Argelia, se desató de parte de las dictaduras militares de los años '70 una represión ilegal, clandestina y atroz contra los opositores políticos de izquierda. La privación ilegal de la libertad, la tortura, la desaparición física, el homicidio y los abusos sexuales en los centros clandestinos de detención de parte de miembros de las fuerzas de seguridad que tomaron el poder, con la aquiescencia o con la participación directa de miembros de la sociedad civil, formaron parte de un rito macabro. A este plan sistemático de exterminio se agregó en nuestro país una política ultraliberal que arruinó la industria, incrementó a niveles increíbles la deuda externa y culminó con una guerra.

Recuperada la democracia en el año 1983, se ingresó en una etapa de Justicia transicional que llega hasta nuestros días. La explicación del tiempo transcurrido para la actuación de la Justicia se vincula, justamente, con el carácter de la Justicia de Transición; se trata de abordar casos de masivas violaciones a derechos fundamentales cometidos desde el poder y los imputados son, justamente, personas que en parte mantienen ese poder y eso les permite no ser juzgadas. En algunas oportunidades se llegó a poner en jaque valores fundamentales del estado democrático (la paz y la seguridad común) para evitar la acción de la Justicia.²²⁵

La primera definición importante del problema de la autoría en estos delitos deviene del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 158/83, que ya había sido anunciado en su campaña presidencial por el presidente Alfonsín. En él se determinaban tres tipos de situaciones: quienes dieron las órdenes, quienes las ejecutaron y quienes se excedieron en su ejecución. La mera enunciación de esta idea lleva implícita el castigo de los primeros y de los últimos, y la impunidad de los segundos. Claro está que cumplir órdenes en un contexto no caótico deviene algo en sí mismo valioso, pero pasa a no serlo cuando las órdenes que se cumplen resultan ser manifiestamente ilegítimas o atroces y aberrantes como fueron las del plan sistemático de exterminio; privar de la libertad ilegítimamente en centros clandestinos de

225 V. gr. levantamiento de Semana Santa del año 1987, prolegómeno de la ley de obediencia debida.

detención, torturar, asesinar y hacer desaparecer no pueden tener amparo alguno en el derecho.²²⁶

Lo cierto es que este decreto, más la reforma del artículo 514 del código de justicia militar, establecía la decisión del Poder Ejecutivo Nacional, de quien dependían los fiscales federales en ese entonces, de restringir la responsabilidad de los cuadros intermedios que habían cumplido órdenes. Se establecía ya desde el inicio del nuevo gobierno democrático la autoría mediata de quienes dieron las órdenes y la impunidad de quien la había obedecido. La obediencia debida ya estaba en la cabeza del gobierno desde su asunción, contrariando el principio IV de Nuremberg²²⁷, que a la fecha ya constituía una norma de *jus cogens*.

De esta manera el Poder Ejecutivo Nacional tomó una clara iniciativa de juzgamiento de algunas autores, pero de impunidad de otros. La decisión podría haber sido la de remitir los antecedentes a la justicia para su juzgamiento, sin necesidad de hacer la distinción tripartita, pero se prefirió ese esquema. Se trató, claro está, de una decisión de política criminal en el marco de la justicia posible, propia de la justicia transicional. Así se limitó el enfrentamiento con las Fuerzas Armadas; numerosas personas que habían participado en el planeamiento o ejecución de acciones ilegales ocupaban cargos claves en las estructuras de las fuerzas que debían responder, a su vez, al Comandante en Jefe de la Fuerzas Armadas, es decir al mismo Presidente de la Nación que promovía el juzgamiento de camaradas y superiores.²²⁸ De los discursos del Presidente Alfonsín, al anunciar las leyes de punto final y obediencia debida, se desprendía esta tensión entre la reali-

226 El sentido limitativo es abordado por Sancinetti y Ferrante. “El derecho penal en la protección de los derechos humanos” Hammurabi, año 1999, pág. 301 y 308.

227 “El hecho que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción (*duress*)”.

228 V. gr. en Mar del Plata el teniente coronel Arrillaga que fue uno de los máximos responsables de la represión ilegal en los 70, en el año 1984, ya con la democracia, se desempeñaba como Jefe del GADA; en similar sentido el capitán Pertusio respecto de la Base Naval de Mar del Plata. Ambos condenados en la causa “Base I” a prisión perpetua por delitos de lesa humanidad.

zación de la Justicia y la necesidad de mantener a salvo la estabilidad del nuevo sistema democrático.²²⁹

Pero además el gobierno difícilmente haya previsto los horrosos hechos que la Comisión Nacional de Personas Desaparecidas puso a la luz, los que superaron la imaginación del Presidente Alfonsín y de sus asesores;²³⁰ ello llevó, lógicamente, a que la Justicia penal que tuvo que dilucidar esos casos ordenara la investigación de una multiplicidad de hechos y autores que superaba los limitados cercos del decreto alfonsiniano. La actividad de los jueces federales se multiplicó luego del Juicio de las Juntas. Así comenzaron a ser citados los militares que se encontraban en los cuadros intermedios, lo que provocó reclamos y de allí a los alzamientos solo hubo un paso. Luego vendrían las leyes de impunidad (punto final y obediencia debida) y mas tarde, con el presidente Menem, los indultos de los condenados y procesados. Fue así como la actividad del Poder Judicial no sólo quedó paralizada para el futuro, sino anuladas las decisiones que antes se habían tomado. La realidad del poder, en este caso de los militares que aún lo mantenían, dejó inerte a la Justicia, que no sólo sufrió este avance sino otros estructurales de los cuales hoy todavía se pagan las consecuencias; la ampliación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el reemplazo del sistema de enjuiciamiento penal por otro que nació viejo y caduco y la masiva designación para este nuevo sistema de jueces y fiscales.

Ante este panorama las víctimas recurrieron al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por entender que la Nación Argentina había violado al sancionar estas leyes los deberes de respeto y garantía de los Derechos Humanos. En el Informe 28/92²³¹, la Comisión Interamericana estableció la incompatibilidad de las leyes de impunidad argentinas con la Convención Americana, ello en el marco de las actuaciones en las cuales las víctimas de la

229 V. Sancinetti, M. y Ferrante, M. ob. cit. Pág. 330 y ss.

230 La disidencia con los esquemas alfonsinistas ya se vislumbran en el prólogo del Nunca Más, cuando se refiere que “*Así cuando ante el clamor universal por los horrosos perpetrados, miembros de la Junta Militar deploraban los excesos de la represión inevitables en una guerra sucia, revelaban una hipócrita tentativa de descargar sobre subalternos independientes los espantos planificados*” Nunca Más. Eudeba pág 12 año 2006 2da Edición.

231 CIDH, Informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina, 2 de octubre de 1992.

dictadura recurrieron al sistema interamericano, luego de la declaración de constitucionalidad de la ley de Obediencia Debida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ocurrida en 1987 en el caso Camps²³² y, luego, en el caso ESMA.²³³ En el año 2000, en solución amistosa ante la CIDH en el caso “Aguiar Lapacó”, la Argentina acordó la realización de actividad para dar cumplimiento a tales requerimientos, y la formación de Juicios por la Verdad. Se siguió el modelo de los tribunales Russel.

En la sentencia dictada en el caso “Barrios Altos”²³⁴, la Corte Interamericana señaló en 2001 que las amnistías, así como los tradicionales institutos del derecho penal, tales como la prescripción o la cosa juzgada, entre otros, deben ceder frente a la obligación de investigar violaciones de derechos humanos considerados inderogables.²³⁵ Argentina receptó este fallo en la causa “Arancibia Clavel”, donde se juzgó la asociación ilícita de la que formó parte Arancibia Clavel entre 1974 y 1978, como integrante de la Dirección de Inteligencia Nacional del gobierno de facto de Chile, cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esta sentencia es considerada un *leading case* en la materia, pues no sólo reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sino que aplica este principio incluso a hechos ocurridos con anterioridad a la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad por parte de Argentina, en tanto consideró a dicho principio como una norma

232 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Camps, Ramón Juan Alberto y otros. Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional, *Fallos* 310:1162, del 22 de junio de 1987.

233 Corte Suprema de Justicia de la Nación, ESMA. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada, causa 761, 29 de marzo de 1988.

234 Corte IDH, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75.

235 Franco Leonardo Alberto, Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Mejiço, pág. 166-7.

de *ius cogens* internacional que se encontraba vigente al momento de la promulgación de las leyes de autoamnistía.²³⁶

La grotesca provocación de algunos beneficiados por la impunidad, la gravedad de los crímenes y el persistente reclamo de Justicia de los organismos de Derechos Humanos fueron factores que llevaron a que algunos jueces abrieran nuevamente las puertas. Así fue como el Juez Gabriel Cavallo resolvió, en el año 2001, la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida (Caso “Simón”).

La asunción del presidente Kirchner, en el año 2003, dio un giro al enfoque de la cuestión de parte del Poder Ejecutivo Nacional. Se promovió la derogación legislativa de las leyes de punto final y obediencia debida, pero quizás lo más importante fue la decisión de la Argentina de hacer aplicable el *principio aut dedere aut iudicare* ante la multiplicidad de peticiones de extradición de los militares argentinos (se juzga o se extradita). No sólo el Congreso anuló y derogó las leyes de impunidad, sino que la Corte Suprema las declaró inconstitucionales²³⁷, lo que más adelante también hizo respecto de los indultos.²³⁸

Se generó, no sin dificultades, un panorama que ha permitido hoy día juzgar casos que hace treinta y cinco años permanecían en la impunidad. Para ello no se crearon comisiones ni se nombraron jueces especiales, tampoco se modificaron los procedimientos; la justicia federal comenzó a actuar con sus recursos propios en el juzgamiento de estos casos.

236 Franco Leonardo Alberto, Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Mejico, pág. 167.

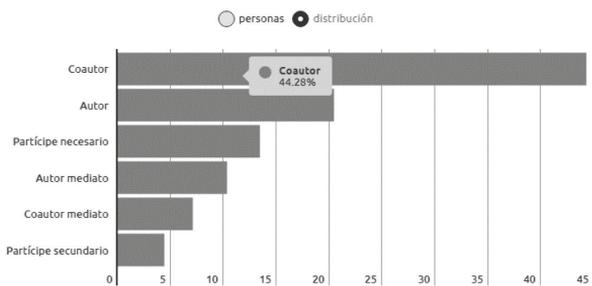
237 CSJN in re “Simón”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa Recurso de Hecho: Simón, Julio Héctor s/ Privación de la libertad y otros. Causa 17.768.

238 CJSN in re “Mazzeo”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, sentencia del 2007

2. Criterios jurídicos utilizados por los tribunales argentinos para la determinación de la autoría.²³⁹

Con el fin metodológico de establecer categorías que puedan dar cuenta de las elaboraciones teóricas que los jueces argentinos aplicaron (a partir de la reapertura de los juicios de lesa humanidad), vinculadas a criterios jurídicos de autoría y participación, tomamos la decisión de subsumir en tres los mismos: autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder; coautoría; y, autoría por infracción de deber. No obstante, relevamientos recientes indican que al 17 de marzo de 2017, se dictaron 176 sentencias, en las que se condenó a 695 personas por delitos de lesa humanidad y se absolvió a 74. Entre los cuales, el 44,28 % de los perpetradores fueron condenados en calidad de coautores; el 20,44 % como autores directos; el 13,44 % en calidad de partícipes necesarios; el 10,33 % por su participación como autores mediatos; el 7,1 como coautores mediatos; y, finalmente el 4,41 han sido encontrados penalmente responsables como partícipes secundarios.

Grado de responsabilidad de los condenados por delitos de lesa humanidad



Argentina. Datos actualizados el 17 de marzo de 2017.

Share

CELS

239 Fuente: <https://infogram.com/grado-de-responsabilidad-de-los-condenados-por-delitos-de-lesa-humanidad-1gxop47zz4ywpwy>, consultado el 02/10/2017. Colaboró en la sistematización de los casos el abogado Andrés Murad.

En el juzgamiento de los casos se han utilizado las siguientes teorías vinculadas a la autoría, a saber:

3. Autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder

Ese fue el criterio utilizado en la sentencia de la causa 13, tanto por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁴⁰

A partir de la derogación de las leyes de punto final y obediencia debida fue utilizada por la mayor parte de los Tribunales en el juzgamiento de los casos. Así en los casos “Etchecolatz”, “Von Wernich” del TOF de La Plata²⁴¹, en el caso ABO (Atletico, Banco, Olimpo)²⁴² por el TOF de Córdoba en las causas “Menendez” y “Videla”, el TOF de Tucumán en la causa “Vargas Aignasse-Menéndez”, el TOF de Santa Fe en la causa “Facino”, TOF de Santiago del Estero, en la causa “José Kametzky”²⁴³

240 V. supra puntos IV.3.

241 Tribunal integrado por Carlos Rosansky, Horacio Insaurralde y Norberto Lorenzo.

242 TOF 2 de Capital Federal, integrado por los Dres. Jorge Alberto Tassara, Ana D’alesio y María L. Garrigos de Rébora, respecto de los oficiales superiores del Ejército Carlos A. R. Tepedino y de Mario A. Gomez Arena; en relación a los restantes imputados, que manejaban los CCD, los jueces optaron por la posición de la coautoría.

243 Para consultar las sentencias confirmadas por la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) que adscriban al criterio jurídico de “autoría mediata”, véase el siguiente portal: <http://www.cij.gov.ar/>. En efecto, a marzo del año 2017 podemos contar con las siguientes sentencias que ya han sido confirmadas por dicho órgano casatorio, en sus cuatro salas, a saber: Sala I CAGGIANO TEDESCO, causa n° 10913 “Caggiano 3 Tedesco, Carlos H /recurso de casación” reg. n° 15743, 28/04/10; Sala III BRANDALISIS, causa n° 9896 “Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1253/10, 25/08/10; Sala IV MASACRE DE FÁTIMA, causa n° 9673 “Gallone, Carlos Enrique y otros s/recurso de casación”, reg. n° 14480, 30/09/10; Sala I CASITA DE LOS MÁRTIRES, causa N° 13.873 “Beltrametti, Juan Antonio y otros/recurso de casación”, reg. n° 17.373, 9/03/11; Sala IV MANSION SERÉ I, causa n° 10178 “Comes, César Miguel y otros s/recurso de casación”, reg. n° 14.688, 29/03/11; Sala IV FIOCHETTI, causa n° 11076 “Plá, Carlos Esteban

s/recurso de casación”, reg. n° 14.839, 2/05/11; Sala III COLOMBO, causa n° 12.625 “Colombo, Juan Carlos s/recurso de casación”, reg. n° 565/11, 6/05/11; Sala IV LABOLITA, causa n° 11545 “Mansilla, Pedro Pablo y otros/ recurso de casación”, reg. n° 15.668, 26/09/11; Sala IV JEFES DE AREA, causa n° 12038 “Olivera Róvere, Jorge Carlos s/recurso de casación”, reg. n° 939.12.4, 13/06/2012; Sala I UP1, causa n° 14751 “Videla, Jorge Rafael y otros s/recurso de casación”, reg. n° 19679.1, 22/06/2012; Sala IV CAMPOS D2, causa n° 12161 “Cejas, César Armando y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1946.12.4, 22/10/2012; Sala IV PACO URONDO, causa n° 15314 “Migno Pipaon, Dardo y otros s/recurso de casación”, reg. n° 2042.12.4, 31/10/2012; Sala III JEFATURA DE POLICÍA I, causa n° 13085 “Albornoz, Roberto y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1586.12.3, 08/11/2012; Sala I ROMERO NIKLISON, causa n° 14763 “Menéndez, Luciano Benjamín s/recurso de casación”, reg. n° 20438.1, 22/11/2012; Sala I LIANA AGUIRRE, causa n° 15941 “Albornoz, Roberto H. s/ recurso de casación”, reg. n° 20540.1, 13/12/2012; Sala III MENENDEZ-TRIPIANA Y ACUMULADAS, causa n° 14282 “Labarta Sánchez, Juan R. y otros s/recurso de casación”, reg. n° 38.13.3, 08/02/2013; Sala IV KAMENETSKY, causa n° 13546, “Garbi, Miguel Tomás y otros s/recurso de casación”, reg. n° 520.13.4, 22/04/2013; Sala IV AUTOMORES ORLETTI, causa n° 14537 “Cabanillas, Eduardo Rodolfo s/recurso de casación”, reg. n° 1928.13.4, 07/10/2013; Sala IV ESTRELLA-LOS MÁRTIRES DE CHAMICAL I, causa n° 225/2013 “Estrella, Luis Fernando y otros s/recurso de casación”, reg. n° 2138.13.4, 05/11/2013; Sala II ESMA, causa n° 15496 “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 630.14.2, 23/04/2014; Sala III PLAN SISTEMÁTICO, causa n° 17.052 “Acosta, Jorge E. y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. n° 753/14, 14/05/14; Sala IV VESUBIO I, causa n° 15016 “Zeolitti, Roberto Carlos s/recurso de casación”, reg. n° 1004.14.4, 29/05/2014; Sala IV ABO I, causa n° 14.235 “MIARA, Samuel y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 2215/2014, 28/10/14; Sala IV ALIENDRO, causa n° 1516/2013 FTU 830960/2011/12/ “AZAR, Musa y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1175/15, 22/06/15; Sala IV HERRERO Y OTROS-POLICÍA DE LA PCIA. DE MISIONES I Policías, causa n° FPO 93000087/2010/TO1/CFC1, “Herrero, Carlos Omar y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1457/15, 17/07/15; Sala II PONCE BORDA I causa n° 16.097 “Lucena, Alberto Carlos y otros/recurso de casación”, reg. n° 1750/15, 29/10/15; Sala IV FURIO ETCHEVERRI causa FMZ 97000075/2010/TO1/CFC1, caratulada “BRUNO PÉREZ, Aldo Patrocino y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 2285/15, rta. 2/12/15; Sala IV ANGELELLI causa N° FCB 97000411/2012/TO1/CFC2 “Menéndez, Luciano Benjamín y Estrella”, reg. n° 2329/15, 4/12/15; F3 SIV JEFES DE ÁREA CFP 14216/2003/TO1/1/1/CFC332 “Olivera Róvere, Juan Carlos y otros s/recurso de casación”, reg. n° 435/16, rta. 22/04/16; Sala IV TOLEDO DE YGEL causa 81810099/2012 “Menéndez, Luciano Benjamín y otros”, reg. n° 436/16, rta. 18/04/16; Sala IV SILVIO CABALLERO I causa n° FRO 54000035/2009/TO1/3/ CFC1 “SALOMÓN, Ricardo José y otros/recurso de casación”, reg. n° 759716.4, rta. 23/06/16; Sala IV LOS MÁRTIRES DE CHAMI-

Hay un indudable parentesco entre las teorías del common law y las del derecho continental. La doctrina de responsabilidad por mando, utilizada por los tribunales ad-hoc internacionales, consideran como autores a todos quienes han participado de la comisión de los delitos (superiores y subordinados). Esta igualación de las consecuencias de las acciones de todos los intervinientes implica como resultado la aceptación de una autoría plural, similar a la de la autoría mediata por dominio del aparato organizado de poder.

La autoría mediata no es admitida pacíficamente. Parecería un contrasentido la existencia de una pluralidad de autores respecto de un hecho único: se es autor o se es coautor, pero múltiples autores mediatos parecería que contradice la idea de autoría que supone tan sólo un señor del hecho. Si existen plurales personas que dominan el hecho el concepto es el de coautoría. En segundo término, como sostienen Jescheck y Jakobs, es difícil de aceptar la autoría mediata cuando el ejecutor es plenamente responsable y no se trata de un instrumento del autor de atrás.²⁴⁴ Estos doctrinarios son partidarios, en esos supuestos, de la coautoría. En la sentencia de la causa 13 se admitió la posibilidad de la coautoría “...podría sostenerse... con razonable fundamentación que es de aplicación al caso una coautoría por división de funciones...”²⁴⁵

Sin embargo, y en tren de hipótesis, podría afirmarse un criterio excepcional en función de los crímenes internacionales. El genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra son delitos de grupos contra grupos. En ellos existe fungibilidad tanto de ejecutores directos como de víctimas. Por otra parte, la violencia masiva que es característica de todos ellos, no puede -por definición-,

CAL II causa FCB 71005145/2006/ TO1/CFC1 “PEZZETTA, Ángel Ricardo s/recurso de casación”, reg. n° 813/16, rta. 30/06/16; Sala II RAGONE causa N° 15241/LEX CN 73000764/2008/TO1/2/ CFC4 “Herrera Ruben Nelson y otros”, reg. n° 1261/16, rta. 14/07/16. (Salta); Sala IV MUSA AZAR GRUPO IV- ACUÑA causa FTU 831044/2012 “AZAR, Musa y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1179/16, rta. 22/09/16; Sala IV LABOLITA causa FMP 93030746/2005/TO1/3/CFC1 “Duret, Alejandro y otros/ recurso de casación”, reg. n° 1720/16, rta. 28/12/16.

²⁴⁴ Del mismo Roxin pág. 725.

²⁴⁵ Fallos 309 T. II pág. 1603

ser ejecutada por los líderes por mano propia, con lo cual, lo mediato es una característica normal en quienes toman las decisiones.

Las consecuencias prácticas de considerar a un individuo autor o co-autor son las mismas, y si bien puede existir una diferencia en cuanto a la graduación de la pena, la misma deviene irrelevante, ya que los delitos en examen son crímenes que poseen pena única.

En síntesis, notamos que la discusión anterior se expresa a través de ejercicios argumentativos, antes que teorías que lleven a consecuencias prácticas, en tanto y en cuanto ambos conceptos -autoría o co-autoría- admiten respecto de los mandos intermedios, la posibilidad de la participación primaria y secundaria. Desde ya, que esto también depende de la amplitud con que se observe la calidad de autor, pues una visión extensiva podría llevar a considerar autores a personas que tuvieron una mínima participación.

4. Coautoría²⁴⁶

Si de lo que se trató fue de un plan sistemático de exterminio, resulta acorde con los hechos que quienes desarrollaron acciones compenetradas con este plan y resultaron piezas esenciales en la planificación o ejecución deban responder como coautores.²⁴⁷

Con fundamentos en la dogmática alemana, sólidamente desarrollada, ese fue la opinión del TOF de San Martín, por la cual se condenó al General Riveros y a otros imputados por el crimen del adolescente Floreal Avellaneda.²⁴⁸ Así también el TOF de Rosario en la causa “Guerrieri”, el TOF de Santa Rosa, La Pampa, en el caso “Triart”,²⁴⁹

Fue el criterio utilizado por los jueces del TOF de Mar del Plata en los casos “Labolita” y “Base Naval I”

En el caso “Labolita”, al fundamentar la coautoría del entonces Teniente Coronel Pedro Pablo Mansilla, por el asesinato de Carlos

246 V. supra IV.4.

247 Esto se vincula con el concepto de empresa criminal conjunta del derecho penal internacional. V. ut supra XIV.3.

248 Tribunal presidido por la Dra. Lucila Larrandart, profesora de Derecho Penal de la UBA, y compuesto por los señores jueces Marta Milloc y Héctor Sagretti.

249 Fallos dictados en el año 2010, de consulta en el CIJ de la CSJN.

Alberto Labolita, los jueces establecieron que “*Para todos quienes tomaron parte del suceso, la situación entonces fue la misma y sólo pudieron cumplir con el plan global –secuestro, tortura y muerte- actuando mancomunadamente a través de una división de las tareas pues, si alguno hubiera retirado su aporte, el hecho no se hubiera llevado a cabo*”.²⁵⁰

Para el derecho interno la coautoría sería aceptable, en tanto para el Derecho Internacional, hemos ya expresado que resulta de las dos teorías más utilizadas hasta el momento -responsabilidad por mando y empresa criminal conjunta-, la primera conduce a la autoría múltiple y la segunda, según las situaciones, puede dirigirnos tanto a la autoría como a la co-autoría.²⁵¹

250 Del voto conjunto de los jueces Esmoris y Jarazzo.

251 Para una exhaustiva revisión de sentencias confirmadas por la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) que adscriben al criterio jurídico de “coautoría”, véase el siguiente portal: <http://www.cij.gov.ar/>. No obstante, hasta marzo del año 2017 pueden relevarse las siguientes: Sala II BERTHIER-SAMPALLO BARRAGAN causa n° 9569 “Rivas, Osvaldo Arturo y otros s/recurso de casación”, reg. n° 15.803, 8/09/09; Sala IV REI-CASO SANDOVAL FONTANA, causa n° 10896 “Rei, Víctor s/recurso de casación”, reg. n° 13.534, 10/06/10; Sala I MELITON BUSTOS, causa 13.073 “Arias Zírpolo, Carlos A. y otros/recurso de casación”, reg. n° 18.879, 24/11/11; Sala IV MOLINA, causa n° 12821 “Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación”, reg. n° 162.12.4, 17/02/2012; Sala II REGIMIENTO DE INFANTERÍA 9, Causa n° 10431 “Losito, Horacio y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 19853.2, 18/04/2012; Sala IV BASE NAVAL I, causa n° 14075 “Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/recurso de casación”, reg. n° 743.12.4, 14/05/2012; Sala II BRUSA, causa n° 12314 “Brusa, Víctor Hermes y otros s/recurso de casación”, reg. n° 19959.2, 18/05/2012; Sala IV SUBZONA 14, causa n° 13667 “Greppi, Néstor Omar y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1404.12.4, 23/08/2012; Sala IV HOSPITAL POSADAS, causa n° 15425 “Muiña, Luis; Bignone y otros s/recurso de casación”, reg. n° 2266.12.4, 28/11/2012; Sala II FLOREAL AVELLANEDA-CAMPO DE MAYO I, causa n° 11515 “Riveros, Santiago Omar y otros s/recurso de casación”, reg. n° 20904.2, 7/12/2012; Sala II CAMPO DE MAYO II, causa n° 12830 “Riveros, Santiago Omar y otros s/recurso de casación”, reg. n° 20905.2, 07/12/2012; Sala II PATTI-CAMPO DE MAYO III, causa n° 14416 “Patti, Luis Abelardo s/ recurso de casación”, reg. n° 20906.2, 07/12/2012; Sala IV RICCHIUTI-CASO GARCÍA RECCHIA, causa n° 13968 “Ricchiuti, Luis José y otros/recurso de casación”, reg. n° 2562.12.4, 27/12/2012; Sala I ROSELLI, causa n° 16179 “Bustos, Pedro Nolasco y Worona, José Vicente s/recurso de casación”, reg. n° 21056.1, 15/05/2013; Sala IV CABALLERO I, causa n° 14116 “Bettolli, José Tadeo Luis y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1649.13.4, 10/09/2013; Sala III QUINTA DE FUNES, causa n° 14321 “Amelong, J. Daniel y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. n° 2337.13.3, 05/12/2013; Sala II MORENO,

causa n° 15709 “Moreno, Miguel Ángel s/recurso de casación”, reg. n° 2256.13.2, 13/12/2013; Sala II QUINTEROS TEJADA- CASO GOYA ARANDA, causa n° 15100 “Quinteros, Raquel y otros s/recurso de casación”, reg. n° 2282.13.2, 17/12/2013; Sala III MASACRE DE TRELEW, causa Nro. 17.004 “Paccagnini, Norberto Rubén y otros s/recurso de casación”, reg. n°346.14.3, 19/03/14; Sala III MANACORDA-CASO CASADO TASCA, causa n° 366-368- 370/2013 “Manacorda, Nora Raquel y otros/recurso de casación”, reg. n° 770.14.3, 16/05/2014; Sala III RODRÍGUEZ-CEMENTERIO SAN LORENZO, causa N° 1681/2013 “Cervera, Rubén Osvaldo; Maderna, Horacio Hugo y Rodríguez, Pedro Alberto s/recurso de casación”, reg. n° 1353, 11/07/14; Sala I ACUMULACIÓN PARANÁ, causa n° 669/2013 “Harguideguy, Albano Eduardo s/recurso de casación”, reg. n° 23935, 5/08/14; Sala II BUSTOS Y BIANCHERO-CAMPO DE MAYO V, causa n° 16058 “Bustos, Roberto Ramón; Bianchero, Julio Jorge s/recurso de casación”, reg. n° 285/15, 18/03/15; Sala IV BASE NAVAL II, causa FMP 33004447/2004/118/2/CFC18 “Mosqueda, Juan Eduardo y otros”, reg. n° 584, 9/04/15; Sala III SOLARI YRIGOYEN, causa n° 1470/13, “Fano, Osvaldo Jorge y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1127/15, 29/06/15; Sala IV ALVAREZ GARCÍA, causa 76000019/2011/TO1 “BRAGA, Rafael Mariano y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1293/15, 3/07/15; Sala IV ABO bis, causa CFP 14216/2003/623/CFC337, “GODOY, Pedro Santiago y FEITO, Alfredo Omar s/recurso de casación”, reg. n° 1912/15, 30/09/15; Sala IV TREVISAN-CASO IAC-CARINO, causa FLP 91003361/2012/TO1/CFC1 “Ferranti, Jorge Rómulo y Trevisán, Bruno s/ recurso de casación”, reg. n° 1946/15, 2/10/15; Sala II BACCA MARIÑELARENA-CASO CAGNOLA PEREYRA causa n°765/2013 “Lugones, Inés Graciela y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1651/13, 13/10/15; Sala III CAMICHA, causa n° FRE 96000200/2006/TO1/2/1/CFC1 “Camicha, Juan Carlos y otros s/recurso de casación”, reg. n° 2055/15, 30/11/15; Sala II causa 14900 PANNETTA “Obregón, Juan Antonio y otros s/recurso de casación”, reg. N° 19/02/16, reg. 81/16; Sala II MARGARITA BELÉN causa 14759 “Patetta, Luis Alberto y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 216/16, rta. 2/03/16; Sala II MARGARITA BELÉN II causa 895/2013 “Tozzo, Norberto Raúl s/ recurso de casación”, reg. n° 217/16, rta. 2/03/16; Sala III MARTEL causa nro. FMZ 41001077/2011/TO1/4/CFC2 “MARTEL, OSVALDO BENITO y otros s/recurso de casación”, reg. n° 222/16, rta. 16/03/16; Sala III GRUPO DE LOS SIETE causa FSA 76000073/2011/TO1/18/ CFC14 “Vargas, Antonio Orlando y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 255/16, rta. 21/03/16; Sala III CASO PENINO VIÑAS CFP 11684/1998/TO1/CFC3 “Grimaldos, Ana Maria s/supresión del estado civil de un menor”, reg. n° 536/16, rta. 09/05/16; Sala III CANTOS FTU 401304/2007/TO1/CFC1 “D’Amico, Jorge Alberto s/recurso de casación”, reg. n° 1191/16, rta. 8/09/16. (Tucumán); Sala II causa CFP 8223/2012/CFC1 “Girbone, Héctor Salvador y otros s/recurso de casación”, reg. n° 1857/16 rta. 22/09/16 (CABA); Sala III causa 81000095/2010 “Porra, Ariel Zenón y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1506/16, rta. 10/11/16; Sala I causa 372CFP 8786/2005/11/CFC1 “Vergez, Héctor Pedro s/ recurso de casación”, reg. n°

En forma similar, en el caso Base Naval I, al fundamentar la coautoría del entonces Capitán Pertusio en el secuestro y homicidio de la pareja Garaguso Roldán afirmaron” *La preponderancia de su cargo se confirma, asimismo, a través de la vital actuación de Pertusio en cada una de las etapas analizadas supra -determinación del plan general, su desarrollo, la directiva y la supervisión de la acción- que conformaron la planificación de las operaciones cuyo objetivo era la supresión del enemigo. Es decir, el nombrado desarrolló la totalidad de las esenciales funciones propias del Jefe del Departamento Operaciones, en cada una de las etapas por las cuales transitó la preparación del operativo llevado a cabo por la Fuerza de Tareas n° 6, que culminó en el secuestro, sometimiento a tormentos, y homicidio de Roldán y Garaguso. No constituye impedimento entonces, para considerarlo coautor, la circunstancia de no haberse acreditado que Pertusio, de manera material, privó ilegítimamente de la libertad, sometió a tormentos y/o asesinado a las víctimas, pues su aporte fue tan esencial desde el rol que cumplió en la pirámide de mando, como el de todos aquéllos que tomaron parte en la empresa criminal y asumieron distintas funciones tan relevantes como la del nombrado. Por tanto Pertusio, en su condición de Jefe del Departamento Operaciones del Estado Mayor de la FUERTAR n° 6, mantuvo el señorío en el hecho en forma conjunta con quienes llevaron a cabo la acción. Las detenciones, tormentos y homicidios de Roldán y Garaguso se efectivizaron a raíz del plan que el Comandante y su Estado Mayor elaboraron, ejecutaron y supervisaron. Sumado a ello, los damnificados permanecieron privados ilegítimamente de su libertad en la Base Naval de Mar del Plata, ámbito que estaba bajo responsabilidad de la unidad que conforman el Comandante y su Estado Mayor, donde fueron víctimas de tormentos, y, finalmente, eliminados físicamente. Pertusio fue tan ejecutor como quienes materialmente efectivizaron el secuestro, los tormentos y el homicidio, pues todo fue el producto de un accionar en el que las funciones se repartieron y en el que cada uno, en sus manos, retuvo el destino del hecho. Ninguno de los participantes de la maniobra podía ejecutar nada solo. Para todos los que tomaron parte en el suceso, la situación fue la misma, y sólo pudieron cumplir con el plan global actuando mancomunadamente a través de la división de funciones. De modo tal, que la actividad que desarrolló Pertusio en su rol esencial de Jefe de Operaciones de la FUERTAR n° 6 en la planificación, ejecución y supervisión del operativo que*

2190/16, rta. 11/11/16; CNU. Causa N° 33013793/2007/TO1 “Averiguación delito de acción pública (CNU)”, rta. 16/03/2017.

damnificó a Roldán y Garaguso, contribuyó a que los integrantes de esa entidad los secuestraran, torturaran y asesinaran.

La coautoría se asemeja a lo que los tribunales internacionales penales ad hoc, la llamada doctrina de la empresa criminal conjunta. Fue desarrollada básicamente por el Tribunal Penal internacional para la ex-Yugoslavia, en oposición a las modalidades de participación o *accomplice liability* del *common law*. Para el TPIY, “[la] empresa criminal conjunta es una norma de “autoría” más que una norma de responsabilidad por complicidad, con el término “cómplice” entendido en esta instancia como uno que asiste y ayuda al perpetrador, la persona acusada se entiende como el autor (o, más precisamente en muchos casos, como un co-autor), más que como un mero cómplice”.²⁵²

La Corte Penal Internacional ha prácticamente descartado el uso de la ECC como una norma de autoría reconocida por el Estatuto de Roma y ha dado prioridad, a la coautoría y la autoría mediata, al menos en sus decisiones preliminares.²⁵³

5. Autoría por infracción de deber

Fue la teoría que los jueces del TOF de La Plata utilizaron para condenar a los guardiacárceles y médicos de la Unidad Penal 9 de esa ciudad, por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas contra presos políticos. En esa oportunidad se argumentó la autoría utilizando en forma principal la infracción de deber, sin desconocer que podría haber sido aplicada la teoría del dominio del hecho.²⁵⁴ En Mar del Plata, esa misma posición fue sostenida por el Juez Falcone,

252 TPIY, El Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic, Caso No. IT-02-60-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia del 17 de enero de 2005, párr. 696 [Traducción no oficial]. Véase también, TPIY, El Fiscal vs. Milimir Stakic, Caso No. IT-97-24-T, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 31 de julio de 2003, párr. 432.

253 Véase, por ejemplo, CPI, El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo; CPI, El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui; CPI, El Fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir; CPI, El Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05- 01/08, Situación en la República Central Africana, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión de conformación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009.

254 La sentencia puede consultarse en el Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia (CIJ). El Tribunal estuvo compuesto por los jueces Falcone, Portela y Rosansky, confirmada por la Sala II, causa n° 13.733 “Dupuy, Abel David y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 2663/14, 23/12/14.

seguido por los jueces Portela y Bava, en el marco de la causa “Rezzet”, coronel del Ejército condenado por el asesinato de Ana Lia Magliaro. El mismo criterio fue utilizado en el caso “Smart”.²⁵⁵

Veamos cuáles son los fundamentos de la aplicación de esta teoría. En opinión del Juez Falcone “...lo que convierte al sujeto en autor del delito, es la infracción del deber estatal de comportarse correctamente del cual el sujeto es portador. Por ello el obligado es siempre autor, independientemente de que ostente o no el dominio del hecho. Son delitos en que sólo el “intransiens” puede ser autor... el fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de los deberes especiales, esto es deberes en virtud de competencia institucional. Aquí no se trata de la libertad de configuración y de la prohibición de lesión con carácter general sino del incumplimiento del rol que impone un estatus especial. El padre, el policía, el juez, el guardia penitenciario, el militar tienen una determinada forma de comportarse, un deber de corte institucional que lo convierte en un obligado especial. El correcto funcionamiento de las instituciones positivas garantiza que no se dañe la esfera de libertad ajena. Qué se espera de un policía o de un guardia penitenciario o de un miembro de las fuerzas armadas? Que no torture, que no secuestre, que no mate, que cumpla correctamente su función. Así como se espera que un buen padre cuide a su hijo, que si no sabe nadar y lo observa peligrosamente ante un estanque profundo lo vigile para evitar que se ahogue. El rol constituye un haz de expectativas que surge de una determinada posición social, al igual que el actor representa algo que ya ha sido determinado de antemano. Los roles definen qué se espera, como dije, de un policía, de un médico, de un guardia penitenciario, de un militar: en puridad se espera que cada uno en su función sea un centinela del bien jurídico. En esta inteligencia los guardias de los centros clandestinos de detención, o del servicio penitenciario que torturaban a las personas secuestradas en el primer caso, o a los presos, en el segundo, o que estaban presentes cuando otros ponían manos sobre estas personas desamparadas, como quien recibe a una persona sustraída con violencia, privada de su libertad, en el marco de “una guerra sucia” decidiendo junto a otros su destino final, no requieren para la autoría la prueba del dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, ya que su actitud contraria al deber, manifestada por medio de su conducta es suficiente para erigirlos en autores de las privaciones ilegales de la libertad, de las torturas y los homicidios que en dichos ámbitos, generalmente clandestinos, se consumaban. Esta manera de entender la autoría resuelve correctamente los diversos problemas que

255 V. ut. Supra pág. 49

pueden presentarse. El obligado especial y el bien jurídico, tienen un mundo en común, que lo obliga a mantenerlo alejado de cursos lesivos. Qué se espera del médico de guardia? que atienda al herido aunque él no haya causado la lesión, así como del padre que mantenga a su hijo libre de lesiones como deber derivado de la patria potestad. ¿Qué se espera de un policía, de un militar? que no secuestre, que no mate... ”²⁵⁶

El razonamiento del juez resulta convincente para la solución de estos casos. Sin duda esta teoría es útil, en especial para la solución de los supuestos de la utilización de *extraneus* en casos que la ley requiera la participación de *intraneus*.²⁵⁷ A la par que soluciona algunas cuestiones que podían quedar impunes, amplifica la responsabilidad pues, en definitiva, las obligaciones de comportamiento institucional son fijadas por el juez y no por el legislador. En rigor se responde por deberes que son determinados a posteriori por el juez más que por la realización del tipo concreto fijado por la ley. El peligro es, como siempre, la mayor amplitud que se deja al arbitrio del juez. Por ello resulta importante el límite material del bien jurídico (Roxin), para evitar una indebida extensión del ámbito de aplicación de la norma. La infracción de deber con la orientación de un bien jurídico material pero trascendente, inspirado en la idea rectora del respeto fundamental por la vigencia de los DDHH, resulta una fórmula atractiva para el enfoque y resolución de estos casos.

256 Confirmada por la Sala IV de CFPP, causa n° 13877 “Rezett, Fortunato Valentín s/recurso de casación”, reg. n° 516.12.4, 16/04/2012.

257 V. ut supra punto III.5

BIBLIOGRAFIA

- Adler, Daniel E. (2001); Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII, Nro.12. Ed. Ad-Hoc.
- Ambos, Kai (2010); “Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado”. Ed. Rubinzal Culzoni.
- Ambos Kai, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (2009); “Justicia de Transición”. Kai Ambos, Editores. Fundación Konrad Adenauer.
- Ambos Kai y Nils Meyer-Abich (2009); “La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania”, Revista Penal, n° 24, ver en línea <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/397/387>
- Arendt, Hannah (1967); “Eichmann en Jerusalén”. Ed. Lumen. Barcelona.
- Bacigalupo, Enrique (1984); “Manual de Derecho Penal”. Ed. Temis. Bogotá.
- (1989); “Manual de derecho penal”. Ed. Temis Bogota, Colombia.
- (1999); “Derecho Penal Parte General” Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- (2008); “Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación”. Ed. Hammurabi.
- (2012) “Acerca de la autoría y la participación en el delito” LA LEY 20/11/2012
- Baratta, Alessandro (1986); “Criminología crítica y crítica del derecho penal”. Ed. S. XXI.
- Francisco (2015); “Carta Encíclica Laudato Si del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la Casa Común”, ver en línea: <https://www.oas.org/es/sg/casacomun/docs/papa-francisco-enciclica-laudato-si-sp.pdf>
- Cancio Meliá, Manuel (2004); “Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.
- Caro John, José Antonio (1991); “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”, ver en línea: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/conductas_neutrales.doc

- Caro John, José Antonio “Dos consecuencias de un modelo de imputación basado en roles: neutralidad de la conducta e irrelevancia penal de los conocimientos especiales” (inédito).
- D’Alessio, Andres y otros. (2004); “Código Penal: Comentado y Anotado: Parte especial (arts. 79 a 306)”. Ed. La Ley. Buenos Aires.
- David, Pedro “El Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia y el caso Perišić” en
- De Luca, Javier A. (2011); “Congreso sobre abolición universal de la pena de muerte y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Facultad de Derecho, UBA, viernes 23 de septiembre, ver en línea: <http://documents.tips/documents/javier-a-de-luca-autoria-y-participacion.html>
- Donna, Edgardo Alberto (2009); “La autoría y la participación criminal”. Ed. Rubinzal Culzoni.
- (2005/6) Director de AA.VV en “Autoría y participación” T.1, 2, y 3. Rubinzal Culzoni.
- Dworkin, R. (1989); “Los derechos en serio”. Ed. Ariel. Barcelona.
- Falcone, Roberto Atilio y Falcone, Andrés (2012); “Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Ed. La Ley, Nro. 4, p. 3-22.
- Farinella, Favio. “El derecho Internacional Público. Su ingeniería y arquitectura en el siglo XXI”. En coautoría con diferentes autores. Dirigido por Juan A. Travieso y Germán Campi. El Dial, biblioteca Jurídica. 2016. 700 páginas.
- Farinella, Favio. “Sujetos del Derecho Internacional. Una revisión a la luz de los Derechos Humanos”. Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata (EUDEM). ISBN 978-987-1921188. Buenos Aires, Argentina. 250 páginas. 2013.
- Farinella, Favio. “Enemigos de la humanidad. Un estudio sobre la evolución histórica de la responsabilidad internacional penal individual”. Editorial Académica Española. 140 páginas. ISBN 978-3-8484-5326-9. Febrero 2013.
- Farinella, Favio. “Legislación de pánico o Derecho Penal Internacional”. Ediciones Universidad Atlántida Argentina, Mar de Ajó, Buenos Aires, 2009-10. ISBN 978-987-23308-4-2. Autor y Director de la obra, 248 páginas.

- Favarotto, Ricardo S. (2009); “Derecho Penal Internacional”. “Mirada crítica acerca del emblemático caso Eichmann”. Ed. Ediar.
- Franco, Leonardo A. (2009); “Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”. En García Ramírez, Sergio y Mireya, Castañeda Hernández (coordinadores). Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana. México DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 157-171.
- Garibaldi, Gustavo E. (2010); “Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito”. Ed. Ad Hoc.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1966); “Autor y cómplice en derecho penal” Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio.
- Gramática Bosch, Gerard “Conductas neutrales: estado de la cuestión” en <http://ciidpe.com.ar/area1/conductas%20neutrales.gramatica.pdf>
- Hassemer, Winfried (1984); “Fundamentos del Derecho Penal”. Ed. Bosch.
- Jakobs, Gunther (1995); “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación” Ed. Marcial Pons.
- (1997); “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»” (trad. Enrique Peñaranda Ramos), en Günther Jakobs, Estudios de Derecho Penal, Madrid.
- Jescheck, Hans Heinrich (1981); “Tratado de Derecho Penal”, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona.
- Lesch, Heiko “Intervención delictiva e imputación objetiva” <https://es.scribd.com/document/159409311>
- Manigot, Marcelo A. (1978); “Código Penal Anotado y Comentado”, Tomo I. Ed. Abeledo Perrot.
- Maurach, Reinhart, Gossel, Karl Heinz y Zipf Heinz (1995); “Derecho Penal Parte General”. Ed. Astrea.
- Núñez, Ricardo (1999); “Manual de Derecho Penal”. Ed. Marcos Lerner. Righi, Esteban (2007); “Derecho Penal. Parte General” Ed. Lexis Nexis.
- Pariona Arana “La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias”

- http://rpa.pe/media/boletines/4_RPA_Pariona_Abogados.pdf
- Pocar, Fausto “Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia” en “Cuestiones Actuales en la Investigación de Graves Violaciones de Derechos Humanos” Infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pag. 1 y ss. Año 2014.
- Polaino Orts, Miguel y Caro John, José Antonio “Dos consecuencias de un modelo de imputación basado en roles: neutralidad de la conducta e irrelevancia penal de los conocimientos especiales”
- Poggetto, Pablo M. (2004) “La autoría en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas” Ad Hoc
- Riquert, Marcelo A. (2017) “Delitos internacionales, participación empresarial y responsabilidad individual: luces y sombras desde una mirada nacional” ponencia presentada en el marco de la AIDP
- (2017). “El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado? Análisis de la ley 27304” Ed. Hammurabi, Bs.As., 2017. Prólogo del Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá.
- (2007) “Algo más sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.
- <http://catedrariquert.blogspot.com.ar/2007/11/doctrina-responsabilidad-penal-de-las.html>
- Robles Plana, Ricardo “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)” InDret Revista para el análisis del derecho.
- Robles Plana, Ricardo “Participación en el delito e imprudencia” REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2ª Época, núm. 6 (2000), págs. 223-251
- Roxin, Claus (2000); “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”. Ed. M.P. Madrid.
- (2014); “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II (traduc. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Vicente Remesal y otros). Ed. Thomson Reuters-Civitas. Buenos Aires.
- Ruffino, Natalia (2012); “El ocaso de la comunidad del reproche entre los diversos intervinientes del injusto”, ponencia premiada XII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, 27, 28 y 29 de junio, San Miguel de Tucumán.

- Rusconi, Maximiliano (2011); “Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad”. Ed. Ad. Hoc.
- Sanchez Vera Gómez Treles, Javier (2002) “Delito de infracción de deber y participación delictiva” Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2002
- Sancinetti, Marcelo (1996) “El ilícito propio de participar en hecho ajeno”, Cuadernos de Externado de Colombia.
- Sancinetti M., Ferrante M. (1999); “El derecho penal en la protección de los derechos humanos”. Ed. Hammurabi.
- Simaz, Alexis (2002); “El delito de homicidio en ocasión de robo”. Ed. Ad Hoc.
- Soler, S (1983); “Derecho Penal Argentino” Tomo II. Ed. Ediar.
- Roxin, Claus (1997); “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I (traduc. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Ed. Civitas. Madrid.
- Viñas, Ignacio Esteban (2014) “Responsabilidad Penal Indirecta del empresario. Limitaciones constitucionales y dogmáticas. Ediar.
- Welzel, Hans (1993); “Derecho Penal Alemán”. Ed. Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000); “Derecho Penal Parte General” Ed. Ediar.
- (2005) “Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar.

FUENTES CONSULTADAS

En línea:

Corte Interamericana de Derechos Humanos

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

Documentos oficiales del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)

www.icty.org/sid/10405

Corte Suprema de Justicia de la Nación

<http://www.csjn.gov.ar>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

<http://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>

Cámara Federal de Casación Penal

[http://www.cij.gov.ar/.](http://www.cij.gov.ar/)



Esta publicación se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 2018,
en la ciudad de Mar del Plata.

La presente edición consta de 300 ejemplares.