



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

**TESIS DE MAESTRÍA**

**RESPONSABILIDAD PENAL DE JUECES Y FISCALES  
POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA:  
DE LA INFRACCIÓN DE DEBER A LA COAUTORÍA**

Tesista: Abogado Ignacio Gastón Perotti Pincioli

Director: Doctor Diego Jorge Lavado

Mendoza, año 2018





**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS

**RESPONSABILIDAD PENAL DE JUECES Y FISCALES  
POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA:  
DE LA INFRACCIÓN DE DEBER A LA COAUTORÍA**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Abogado Ignacio Gastón Perotti Pincioli

Director: Doctor Diego Jorge Lavado

Mendoza, año 2018



*Dedicado a mi papá y a mi mamá.*

*A mis hermanos, incondicionales compañeros de vida.*

*A grandes mujeres en mi vida:  
Alva, Alicia, Mariel y Fátima.*

*A mis sobrinas y sobrinos.  
En ellos y ellas está el futuro.*



## **AGRADECIMIENTOS**

Al escribir estas líneas, intento plasmar en papel agradecimientos que sin dudas permanecen latentes durante todo desafío que emprendo en mi vida, pero que ahora se amplifican y quiero –debo– transmitirlos. En este ejercicio último de reflexión, me convengo aún más de la dimensión colectiva que siempre he creído tiene todo logro personal, de la imposibilidad de entenderlos y aprehenderlos por fuera de la comunidad de la que formamos parte.

Vaya mi principal agradecimiento a la universidad pública argentina, en particular a la Universidad Nacional de Cuyo, sin la que mi formación superior seguramente no habría sido posible. En toda época –pero más aún en tiempos de vicisitudes políticas, económicas y sociales a las que nos tienen acostumbrados–, la Educación debe erigirse siempre como un valor fundamental de toda sociedad, pilar que debemos defender hasta el cansancio si creemos –como yo lo hago– que allí reside el futuro de nuestra humanidad.

En segundo lugar quiero agradecer profundamente al profesor Diego Lavado, a quien debo gran parte de mi camino en los derechos humanos, quien me abrió –generosamente– las puertas del derecho pero, más importante aún– me enseñó sobre el compromiso social y humano que esa lucha representa. Sin dudas, Lavado ha sido un gran maestro y un verdadero amigo.

También vaya mi agradecimiento al profesor Omar Palermo, quien me dio la posibilidad de conocer el universo de la Justicia y con quien compartí, aprendí y crecí enormemente, en la histórica y enorme tarea de investigar los crímenes más atroces de nuestra historia argentina.

Un agradecimiento especial para Fátima Ruiz López, con quien compartí – además de la enorme, delicada y sobre todo compleja tarea de hacer justicia– largas horas de aprendizaje, debates, charlas y gratos momentos, matizados con su enorme calidez humana, sólo comparable con su implacable compromiso por un mundo mejor.

Por último, ya que las expresiones de gratitud para mi familia y para mis amigas y amigos no cabe en estas páginas, como a ellos mismos los guardo en mí, con desmedido celo.

Mendoza, noviembre de 2018.

*El autor*



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	13
--------------	----

### CAPÍTULO PRIMERO

#### **LA INTERVENCIÓN DE JUECES Y FISCALES EN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA: ENFOQUES DESDE LA MACROCRIMINALIDAD**

1. La denominada complicidad civil en delitos de lesa humanidad en Argentina	15
2. El rol del poder judicial argentino durante el terrorismo de Estado	17
3. Los aportes criminales de jueces y fiscales federales	20
4. Las penumbras de la jurisprudencia sobre responsabilidad de jueces y fiscales por crímenes de lesa humanidad	22
5. Macrocriminalidad e intervención delictiva múltiple	27
5.1 El problema de la intervención delictiva múltiple	27
5.2 La macrocriminalidad y los nuevos rumbos en el derecho penal	30
5.3 Las respuestas del derecho penal a la intervención delictiva múltiple en crímenes internacionales	33
6. Antecedentes teóricos de la intervención delictiva múltiple en derecho penal	36
6.1 Teoría unitaria de autor	36
6.2 Teorías diferenciadoras	38
a. Teoría objetivo-formal	39
b. Teorías objetivo-materiales	40
c. Teorías subjetivas	44
d. Teorías mixtas	46

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### **LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A JUECES Y FISCALES POR MEDIO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

1. Los crímenes de lesa humanidad cometidos por jueces y fiscales calificados como delitos de infracción de deber	50
1.1 Introducción	50

1.2	El origen de los delitos de infracción de deber: de las bases teóricas de Kaufmann a los desarrollos dogmáticos de Roxin	51
1.3	Los delitos de infracción de deber según Jakobs y sus diferencias con la doctrina de Roxin	53
1.4	Formas de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber	54
1.5	Fundamentos jurídicos de la postura que califica los crímenes de jueces y fiscales como infracciones de deber	55
	a. Los deberes funcionales de jueces y fiscales con competencia penal en el ámbito federal y nacional entre 1975 y 1983	56
	b. Los tipos penales de infracción de deber aplicables	60
1.6	Toma de postura: los delitos de infracción de deber como categoría insuficiente para aprehender los aportes de jueces y fiscales en los crímenes de lesa humanidad	67
2.	La intervención de jueces y fiscales en delitos de lesa humanidad calificada bajo la participación criminal	71
2.1	Puntos de partida	71
2.2	Nociones básicas y fundamento de la participación	73
2.3	La complicidad	76
2.4	Fundamentos jurídico-penales para calificar la intervención de jueces y fiscales bajo la complicidad	78
	a. La posibilidad de complicidad por omisión	78
	b. Complicidad secundaria en virtud de promesa anterior	81
	c. Participación primaria	84
2.5	Toma de postura acerca de la calificación bajo la participación criminal	88

### CAPÍTULO TERCERO

#### **LA SOLUCIÓN DE LA COAUTORÍA: MARCO JURÍDICO-PENAL APLICABLE**

1.	La coautoría en la doctrina finalista de Welzel	91
2.	La coautoría mediante codominio funcional del hecho de Roxin	93
2.1	Recepción doctrinaria y jurisprudencial de la teoría roxiniana. Fundamentos del concepto general de autor	93
2.2	Caracterización del dominio conjunto del hecho en la coautoría	95

2.3	Coautoría: concepto y requisitos	97
a.	La existencia de un plan común	97
b.	Intervención en la fase ejecutiva	98
c.	La esencialidad de los aportes	100
2.4	Doctrinas discrepantes con el codominio funcional del hecho	101
2.5	Aplicación de la coautoría de Roxin en la jurisprudencia de lesa humanidad	102
3.	La coautoría en el normativismo de Jakobs	104
3.1	Formas de intervención y concepto general de autor de Jakobs	105
3.2	La coautoría basada en roles	105
3.3	Los requisitos de la coautoría según Jakobs	107
a.	Aspecto subjetivo: la decisión común del hecho	107
b.	Aspecto objetivo: resignificación de la comisión conjunta	108
3.4	Críticas a la tesis de Jakobs	109
4.	La coautoría en el Derecho Penal Internacional: la teoría de la Empresa Criminal Conjunta	110
4.1	Origen y definición de la ECC	110
4.2	Requisitos	113
4.3	Críticas a la ECC	115
4.4	¿Puede aplicarse la ECC en investigaciones de crímenes internacionales en el ámbito interno?	117
4.5	La doctrina de la ECC en la jurisprudencia nacional	118

## CAPÍTULO CUARTO

### **CODOMINIO FUNCIONAL Y MACROCRIMINALIDAD ESTATAL: UNA PROPUESTA TEÓRICA PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A JUECES Y FISCALES POR MEDIO DE LA COAUTORÍA**

1.	El sentido jurídico-penal y criminológico de la coautoría en contextos de macrocriminalidad estatal	121
2.	La atribución de los resultados lesivos de los crímenes de lesa humanidad a jueces y fiscales a través de la comisión por omisión	125
2.1	Los jueces y fiscales como garantes de la protección de los derechos humanos	126
a.	Posturas de Jakobs y de Roxin	126

<b>b.</b> Postura de Pawlik	128
<b>c.</b> Postura de Silva Sánchez	129
<b>d.</b> Postura de Robles Planas	131
<b>2.2</b> Primera conclusión preliminar	133
<b>3.</b> La determinación del grado de intervención delictiva de jueces y fiscales: el codominio funcional de los hechos macrocriminales	134
<b>3.1</b> El punto de partida: la tesis de Roxin de coautoría por codominio funcional	134
<b>3.2</b> Dominio del hecho e intervenciones omisivas de jueces y fiscales	135
<b>a.</b> La posición de Roxin sobre la intervención delictiva en las omisiones	135
<b>b.</b> Las omisiones de jueces y fiscales tienen entidad suficiente para co-configurar los hechos a través del codominio funcional	137
<b>3.3</b> Redefinición de la ejecución conjunta de los hechos macrocriminales	140
<b>3.4</b> Segunda conclusión preliminar	144
<b>3.5</b> Otras aproximaciones doctrinarias que conducen a la coautoría	145
<b>a.</b> Postura de Jakobs	145
<b>b.</b> Postura de Silva Sánchez	146
<b>c.</b> Postura de Robles Planas	147
<b>3.6</b> Conclusión final	147
<b>4.</b> La aplicación jurisprudencial de la coautoría en casos de funcionarios judiciales	148
CONCLUSIONES FINALES	149
BIBLIOGRAFÍA	151
OTRAS FUENTES DOCUMENTALES	157

## INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el de descifrar –en código jurídico y en particular, desde la dogmática penal– los fundamentos teóricos de la responsabilidad penal individual que puede asignarse a jueces y fiscales en la ejecución de crímenes de lesa humanidad, cometidos en el marco de la dictadura argentina que tuvo lugar entre los años 1975 y 1983.

El punto de partida de la investigación –lo que nos determinó a emprenderla– fue principalmente la gran disparidad de criterios doctrinarios y jurisprudenciales que se evidenciaban en el estudio acerca del rol que cumplieron los miembros del Poder Judicial en dichos crímenes. En el capítulo primero, además de delimitarse el objeto de estudio, se analiza el contexto en que fueron ejecutados, atravesados por las características específicas de este tipo de fenómenos macrocriminales. Allí se explican las conductas concretas de jueces y fiscales en estos delitos, cuya fuente ha sido –además de la poca bibliografía que hay sobre el tema– fundamentalmente a partir de los numerosos casos investigados en los procesos judiciales ante los tribunales del país. También se desarrollan las diferentes miradas que –en perspectiva histórica– ha adoptado la ciencia penal para la aprehensión del problema de la intervención delictiva múltiple.

En el segundo capítulo se abordan los fundamentos de dos vías dogmáticas distintas: la calificación de esas conductas bajo la categoría de los delitos de infracción de deber y de la participación criminal. Tal como destacamos al comienzo de esa sección, no desconocemos que en la aprehensión de este fenómeno criminal, ambas vías resultan sumamente distintas. Sin embargo, decidimos su tratamiento en conjunto en razón de que una gran parte de las soluciones actuales que acude la jurisprudencia están representadas en alguna de estas dos opciones teóricas. Se incluyen, asimismo, nuestras conclusiones

respecto de cada uno de estos caminos y las razones por las que, según consideramos, ambas categorías no resultan adecuadas.

En el capítulo tercero se emprende el estudio de las bases teóricas actuales sobre la coautoría, en particular la tesis del codominio funcional de Roxin, la teoría de roles de Jakobs y la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta. Las conclusiones provisionales y el marco dogmático ofrecido en este capítulo harán las veces de pilares para nuestra propuesta teórica, presentada en el último. Finalmente, se exponen las conclusiones, que recorren todos los temas abordados en la obra.

## CAPÍTULO PRIMERO

### **LA INTERVENCIÓN DE JUECES Y FISCALES EN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ARGENTINA: ENFOQUES DESDE LA MACROCRIMINALIDAD**

#### **1. La denominada complicidad civil en delitos de lesa humanidad en Argentina**

Entre 1975 y 1983, la República Argentina vivió uno de los capítulos más oscuros de su historia, la instalación de un Estado terrorista y la puesta en marcha del plan criminal más sangriento jamás pergeñado. Secuestros, torturas, violaciones, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales pasaron a ser moneda corriente en la vida del país.

Con el advenimiento de la democracia, el Estado argentino comenzó un proceso de justicia transicional, respecto del que se han delimitado dos etapas bien definidas: la primera a partir del establecimiento de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) –creada por el nuevo gobierno a escasos días de su asunción– y el juicio a las juntas militares, que comenzó a principios de 1985 y en el que la Cámara Federal de la Capital Federal dictó sentencia ocho meses después. La segunda etapa corresponde al actual proceso de justicia, iniciado con la primera declaración de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida impunidad, en el año 2001.<sup>1</sup>

Como consecuencia del constante impulso de los organismos de derechos humanos para que se reanudaran las investigaciones, el nuevo gobierno que asumió a

---

<sup>1</sup> Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS). *La trayectoria de la cuestión civil en el proceso de justicia argentino* (2015). En *Derechos Humanos en Argentina – Informe 2015*: siglo XXI editores, p. 109-168.

partir de 2003 impulsó una enérgica política de derechos humanos, que permeó en el resto de los poderes. El Congreso Nacional sancionó la ley 25779, declarando “insanablemente nulas” las leyes de amnistía. También, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió su jurisprudencia al respecto<sup>2</sup>, todo lo que posibilitó que muchos procesos judiciales ya iniciados pero inconclusos pudieran continuar y que cientos de investigaciones penales más tuvieran, a partir de ese momento, su punto de partida.

Apunta Filippini que una vez que se reanudaron las investigaciones, el grueso de la atención recayó en los casos clausurados en la década del ochenta. Sin embargo, una vez consolidado el proceso, la mirada fue alejándose del núcleo de hechos sangrientos perpetrados por el personal militar y de seguridad, y empezó a prestar atención creciente a otras formas de contribución al aparato criminal. En ese contexto, destaca las investigaciones “respecto de curas y médicos asociados a las prácticas de tortura, de pilotos de avión que condujeron a los detenidos, de personal civil de inteligencia, de jueces y abogados que ofrecían cobertura y apariencia de legalidad a ciertos procesos, y de empresarios que lucraron con el terrorismo de Estado (Filippini, 2011, p. 42).

En definitiva, recién a partir del año 2006 la Justicia comenzó a ocuparse de la responsabilidad penal de quienes comúnmente se denomina “cómplices civiles”, que –según la clasificación que más trascendencia ha tenido– incluye engloba cuatro tipo de actores: miembros de la Iglesia Católica, funcionarios judiciales, personal civil de los órganos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas y personas ligadas a los sectores empresarios.<sup>3</sup> Sin perjuicio de que muchos sectores –sociedad civil, periodismo, Justicia, academia, entre muchos otros– continúan hoy utilizando esa terminología para referirse a estos actores, creemos que la denominación no resulta correcta.

En primer lugar, si el fenómeno que se analiza está enmarcado en el terrorismo de Estado o en la denominada macrocriminalidad estatal, englobar como *civiles* resulta equivocado cuando al menos dos de esas categorías nucleas funcionarios estatales: los miembros del poder judicial y el personal civil de inteligencia (PCI). Los primeros –

---

<sup>2</sup> CSJN, fallos 328:2056, causa “Simón, Julio Héctor y otros...”, sentencia del 14/06/2005. Allí la Corte convalidó lo sancionado por el Congreso, al declarar la validez constitucional de la ley 25.779, la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida y, para evitar interpretaciones erróneas, declaró de ningún efecto dichas leyes o cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos de juzgamiento y eventual condena de los responsables por crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina.

<sup>3</sup> CELS, *La trayectoria de la cuestión civil...*, op. cit., p. 117-118.



jueces, fiscales, defensores y demás funcionarios– en general se mantuvieron en sus cargos, juraron por los estatutos del proceso y, de esta forma, continuaron desarrollando sus funciones como representantes de uno de los poderes del Estado. Los segundos –PCI– si bien no tenían rango militar, eran miembros de los órganos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, bastión fundamental del aparato organizado de poder cuya misión consistía en recolectar información, procesarla y ponerla al servicio de los altos mandos para orquestar la ejecución de los crímenes. En definitiva, ambas categorías –según el punto de vista del derecho internacional público– fueron verdaderos agentes estatales, por lo que poco tienen de civiles. A ello nos permitimos agregar que resulta curioso que aún hoy persista una terminología que parece evocar más al *ius in bello* –derecho en tiempos de guerra– y al derecho internacional humanitario, más que a las violaciones masivas a derechos humanos cometidas por dictaduras, que lejos estuvieron de enmarcarse en conflictos bélicos.

En segundo lugar, cuando se habla de “complicidad” se intenta referir a que dichos sectores cooperaron, auxiliaron, en fin colaboraron de algún modo en la ejecución de los crímenes, pero sin formar parte de las estructuras organizadas del aparato terrorista estatal. Sin embargo –y adelantando parte de nuestra posición sobre el núcleo de esta investigación–, desde un punto de vista estrictamente jurídico no estamos de acuerdo con este calificativo, en tanto consideramos que muchos de los miembros de estos grupos que se involucraron en los delitos –como los jueces y fiscales– más que meros auxiliares o amanuenses de los ejecutores, ostentaron un verdadero rol protagónico en dichos crímenes y en cierta forma también dominaron su ejecución.

Pero dejando de lado esas discrepancias terminológicas, resulta indiscutible que la profundización de las investigaciones penales permitió conocer con mayor precisión los niveles de responsabilidad criminal de otros sectores, fuera de las fuerzas armadas. En particular –y en lo que aquí interesa– develaron el rol que ocuparon los miembros del poder judicial argentino –en particular, los jueces y los fiscales–, que constituyeron un engranaje imprescindible en el plan criminal de la dictadura.

## **2. El rol del poder judicial argentino durante el terrorismo de Estado**

Con el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONADEP– (1984) y en especial la sentencia del juicio a las juntas militares (1985), se demostró que desde 1975 las Fuerzas Armadas argentinas organizaron y pusieron en

marcha un plan sistemático criminal de exterminio, eliminación, sometimiento y control de los opositores –a sus propias ideas políticas, económicas y sociales–, a quienes asignaron el mote de “enemigo interno”. La responsabilidad de los miembros del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, al igual que del resto de las fuerzas de seguridad federales y provinciales, logró definirse en sus aspectos más importantes gracias a los procesos judiciales –impulsados por la sociedad civil– y llevados a cabo luego de superado el *impasse* de impunidad.

Sin perjuicio de que los procesos enfocados en indagar sobre la intervención en los crímenes por parte de los funcionarios del poder judicial son recientes, han logrado un grado de profundidad suficiente que muestra el alcance de sus aportes en el plan criminal de la dictadura. Así, se pasó de hablar de un poder judicial complaciente con el régimen a uno cuya actuación fue mucho más activa y enérgica, una justicia dispuesta a colaborar en forma directa y eficaz en la ejecución de los crímenes.

Señala Bohoslavsky que durante la dictadura en Argentina, el Poder Judicial cumplió numerosos aportes: desde la denegación sistemática (tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores) de hábeas corpus interpuestos por los familiares de las víctimas del terrorismo de Estado, la confirmación de la validez de las normas de facto represivas, la reticencia a investigar seriamente los crímenes, la instrucción de causas penales fraudulentas para extorsionar a empresarios en connivencia con las fuerzas de seguridad, el apercibimiento a los jueces de instancias inferiores que efectivamente realizaban las instrucciones penales, la participación en maniobras de ocultamiento de cadáveres y de las razones de esas muertes, hasta la apropiación ilegal de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres, la intervención en tribunales militares para juzgar civiles, la prestación de ayuda para interrogar e incluso torturar a detenidos de manera ilegal y la delación de abogados comprometidos con los reclamos de las víctimas a fin de que fueran disciplinados por las fuerzas represiva (Bohoslavsky, 2015, p. 23-24).

Pero además –puesto en términos políticos– la Justicia asumió en forma entusiasta y eficaz dos funciones esenciales: ejercer un férreo control social y marginar a los opositores, por un lado, y forjar la legitimidad de ese mismo tipo de gobierno, sea contribuyendo a que éste racionalizara el uso de la fuerza o transmitiendo la imagen de que la división de poderes y el Estado de derecho eran, en alguna medida, respetados en el país. En conclusión, entre 1975 y 1983, el Poder Judicial coadyuvó al control social y proveyó de cierta legitimidad al régimen (Bohoslavsky, 2015, p. 27).

La activa colaboración del Poder Judicial –manifestada a través de la denegación de justicia sistemática– fue denunciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, publicado en 1980 luego de su visita al país realizada un año antes. Sobre el acceso a la justicia y la respuesta ante las denuncias de víctimas y organizaciones de derechos humanos, ya destacaba la comisión que la responsabilidad por la situación de desamparo que se evidenciaba respecto de las víctimas recaía fundamentalmente en magistrados que no cumplían con sus obligaciones de investigar y adoptar medidas de protección.<sup>4</sup>

En dicho informe se destacaba especialmente la situación:

La Comisión ha tenido conocimiento de muchos casos de personas que llevan un largo período de detención sin proceso o que han sido sobreseídas por los tribunales o han cumplido su condena, en las que los tribunales no han requerido su libertad por el solo hecho de así haberlo dispuesto o solicitado una autoridad del Poder Ejecutivo Nacional.<sup>5</sup>

Pero las organizaciones de derechos humanos nacionales también hicieron lo propio. Por ejemplo, a escasos meses del informe de la CIDH, el CELS publicó su propio informe, complementando lo expuesto por el organismo interamericano y denunciando que las violaciones masivas a los derechos humanos por parte del Estado continuaban ocurriendo. Sobre el acceso a la justicia puso de resalto que “el escepticismo respecto a la eficacia del recurso de hábeas corpus es general, como lo prueban los resultados obtenidos. Esto es grave, por cuanto aumenta la falta de confianza de la población en la efectividad del Poder Judicial y en su independencia”.<sup>6</sup>

Ahora bien, en razón de lo acotado de este trabajo, nuestra investigación se ha centrado sólo en el análisis jurídico de los aportes criminales de quienes cumplieron funciones como jueces o fiscales en el ámbito penal de la justicia federal de la Capital Federal y de las provincias, entre los años 1975 y 1983. En ese marco se analizan las conductas de esos magistrados y su significación como contribuciones concretas a los crímenes cometidos contra las víctimas de la represión ilegal, en particular apelando a la

---

<sup>4</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina* (1980), cap. VI, párr. 7.

<sup>5</sup> *Ibidem*, punto B, párr. 5.

<sup>6</sup> Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 1979-1980* (1980), p. 11.

jurisprudencia que existe hasta el momento en la materia. El propósito será, entonces, definir la naturaleza jurídico-penal de esos aportes y ofrecer –desde la dogmática penal– un marco teórico apropiado para definirla y explicarla.

### **3. Los aportes criminales de jueces y fiscales federales**

De acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, del total de casos analizados por los tribunales argentinos en los diversos procesos judiciales en curso –algunos, que ya cuentan con sentencia definitiva–, se abordan aquí sólo aquellos que reúnen las siguientes características: i) procesos penales radicados en la justicia federal; ii) por delitos de lesa humanidad cometidos por las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad entre 1975-1983 y iii) en los que ex jueces y fiscales federales, en cumplimiento de las funciones propias de su magistratura y de manera dolosa, realizaron algún tipo de aporte delictivo –bajo la forma de omisiones propias o impropias, según se verá– para su ejecución.

En ese marco, las conductas de esos funcionarios se pueden clasificar en las siguientes categorías:

#### ***a. Rechazo de habeas corpus y omisión de conducir investigaciones serias***

Sabido es que una de las prácticas sistemáticas implementada por el terrorismo de Estado fue la de secuestrar a las víctimas y alojarlas en centros de detención, donde permanecían privadas ilegalmente de su libertad y torturadas en absoluta clandestinidad. Debido a que se desconocía su paradero, sus familiares, abogados y demás personas allegadas presentaban *habeas corpus* –acciones judiciales sencillas y rápidas previstas legalmente para conocer su destino en cuestión de horas– ante los tribunales federales.

En algunos casos, una vez que el fiscal instaba la medida, los jueces rechazaban *in limine* las peticiones, invocando sólo argumentos formales. En otros, los magistrados solicitaban informes a diversas reparticiones militares o policiales acerca del paradero de las personas y, ante simples respuestas negativas o difusas, rechazaban las pretensiones y archivaban los expedientes. En ciertos casos, si las fuerzas informaban que la persona estaba detenida a disposición del Poder Ejecutivo Nacional –en el marco del Estado de Sitio–, tanto jueces como fiscales consideraban que esas detenciones eran legales y –sin recolectar mayores evidencias– rechazaban las peticiones y archivaban las causas. En

todos los casos, también se negaba el acceso a los recursos de apelación o –si eran concedidos– el tribunal de alzada también rechazaba las peticiones.<sup>7</sup>

En definitiva, en estos casos los jueces y fiscales, por un lado, rechazaban los habeas corpus sin disponer medidas eficaces para dar con el paradero de las personas desaparecidas. Por otro lado, omitían iniciar –o instar, en el caso de los fiscales– investigaciones penales serias por los delitos denunciados.<sup>8</sup>

#### **b. Omisión de realizar investigaciones serias y eficaces**

Además de los casos en que los magistrados tomaban conocimiento de la ejecución de los crímenes a través de los *habeas corpus*, la *notitia criminis* también les llegaba a través de sumarios militares –confeccionados convenientemente por las mismas fuerzas armadas–, policiales –iniciados a partir de denuncias presentadas por los familiares en las comisarías– o de las propias víctimas al prestar declaración indagatoria, en el marco de causas penales iniciadas en su contra por infracción a las denominadas leyes antisubversivas.<sup>9</sup>

**b.1 Sumarios militares:** en ciertos casos de crímenes con numerosas víctimas en que las fuerzas armadas no lograban ocultar su actuación criminal –en especial para evitar que las maniobras tuvieran trascendencia pública–, disimulaban la entidad de los crímenes a través de sumarios militares. Por ejemplo, en hechos de gran envergadura –como los que se analizaron en el *caso Sanabria* de Córdoba o respecto del *caso Cobos* de San Luis– las fuerzas represivas intentaban disfrazar estas ejecuciones masivas como

---

<sup>7</sup> CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina (1980), *op. cit.*, cap. 7, pto. E.

<sup>8</sup> Según datos relevados por la Unidad Fiscal de lesa humanidad de Cuyo –que se desprenden de la causa n° 636-F, “*Fiscal c/ Guzzo y otros...*”–, en Mendoza ningún integrante de las fuerzas armadas o de seguridad fue condenado o siquiera imputado por delitos cometidos contra militantes políticos y sociales durante la dictadura.

<sup>9</sup> Otra forma de agresión ilegal a las víctimas ensayada por el terrorismo de Estado –en la que el Poder Judicial tuvo una gran cuota de responsabilidad– consistió en la criminalización –y posterior aplicación– de numerosas conductas con claro contenido político, en leyes especiales denominadas antisubversivas. Estas leyes introdujeron tipos penales –sumamente abiertos– que sancionaban con severas penas privativas de libertad figuras de peligro abstracto, consistentes en actos preparatorios con más contenido ideológico y político que verdaderamente criminal. Entre algunas de las conductas absurdas que se encontraban tipificadas podemos mencionar la tenencia o distribución de panfletos con contenido relacionado con organizaciones políticas declaradas ilegales, tenencia de libros del mismo tenor, la realización de reuniones en lugares públicos, grafitis, etc. De esta manera, el *modus operandi* consistía en que –una vez secuestradas– las víctimas eran procesadas por la Justicia por delitos de este tipo y condenadas a penas de prisión, en un vano intento de los victimarios por sanear la ilegalidad de los secuestros y demás crímenes. En la mayoría de los casos, más allá de que hoy la Justicia ha declarado a dichos procesos insalvablemente nulos, las víctimas debieron soportar largos años en prisión e incluso algunas –todavía hoy– reclaman al Estado para eliminar de los registros oficiales este tipo de “antecedentes penales”.

enfrentamientos, instalando o la idea de que ante ataques armados de las víctimas, las fuerzas –en un uso legítimo de la fuerza– repelían los ataques o de que los enfrentamientos habían ocurrido entre distintas facciones de las agrupaciones armadas.

Cuando estos sumarios llegaban a manos de jueces y fiscales, se limitaban a constatar los fallecimientos y dictar sobreseimientos –si las víctimas resultaban ser, además, imputados a su disposición en el marco de causas penales–, pero no ordenaban autopsias ni ninguna otra medida de investigación tendiente a la averiguación real de lo sucedido.

**b.2 Denuncias presentadas en sede policial:** cuando las denuncias eran presentadas por los familiares en las comisarías y demás dependencias de la policía, se formaban sumarios que luego eran elevados a la justicia federal, con pruebas evidentes de la comisión de hechos delictivos por parte de las fuerzas represivas. Sin embargo, Una vez recibidos los expedientes, los jueces no adoptaban medidas de investigación serias y finalmente archivaban las causas.

**b.3 Denuncias de las víctimas al prestar indagatoria:** cuando las víctimas prestaban declaración indagatoria en el marco de las denominadas causas por leyes antisubversivas, denunciaban ante jueces y fiscales los hechos padecidos o que continuaban padeciendo –secuestros, torturas, violaciones, abusos sexuales, robos, entre otros–.

Además, en su gran mayoría señalaban que sus victimarios pertenecían a las fuerzas armadas o de seguridad, en muchos casos ofreciendo descripciones físicas muy detalladas e incluso nombres. Sin embargo, los magistrados no sólo no adoptaban ninguna medida de protección de la vida o integridad física de las víctimas sino que tampoco proseguían con las investigaciones por los delitos denunciados. De esta forma, luego de expedirse sobre las acusaciones que pesaban sobre aquellas por delitos “políticos” –en las que, llamativamente, sí se esforzaban–, archivaban los expedientes, sin adoptar ninguna clase de medida.

#### **4. Las penumbras de la jurisprudencia sobre responsabilidad de jueces y fiscales por crímenes de lesa humanidad**

Si bien en la actualidad son numerosos los procesos judiciales en que se ventila la intervención de funcionarios judiciales en delitos de lesa humanidad, muy pocos cuentan

con sentencia definitivas y son menos aún los ya revisados en instancias superiores. Por ende, la mayoría de esas causas atraviesan la etapa de instrucción, es decir, la fase previa al juicio oral y público.

Pero más allá de su grado de avance –y sin perder de vista que, cuanto mayor sea éste, también mayor debiera ser la precisión judicial en la fundamentación del encuadre legal de la responsabilidad de los imputados–, del análisis de las resoluciones dictadas en esos procesos puede concluirse la disparidad absoluta de criterios adoptados por los tribunales argentinos para calificar las intervenciones de funcionarios judiciales por esta clase de crímenes. En la clasificación que sigue se detalla la naturaleza y fundamentos de cada posición adoptada sobre esa calificación, indicándose además la sanción en expectativa que los imputados podrían recibir en caso de ser hallados responsables bajo ese determinado encuadre legal.<sup>10</sup>

**a. Casos en que no se hallaron bases jurídicas para la atribución de responsabilidad:** en algunos precedentes, si bien se dio por probada la materialidad de los hechos, los tribunales consideraron que no había fundamentos jurídicos suficientes para atribuirles ningún tipo de responsabilidad penal a miembros del Poder Judicial.

Así, el Tribunal Oral Federal –TOF– de Santiago del Estero absolvió en 2011 a los imputados Arturo Liendo Roca –ex juez federal– y Santiago David Olmedo –ex fiscal federal– por considerar que los delitos –calificados como omisiones funcionales– no constituían crímenes de lesa humanidad y por ello se encontraban prescriptos.<sup>11</sup> En estos casos, no cabe hablar de sanción en expectativa, por lo que el resultado aquí será la impunidad de las conductas.

**b. Delitos de infracción de deber:** la mayor parte de la jurisprudencia actual sobre intervención delictiva de jueces y fiscales califica sus aportes bajo la categoría de delitos de infracción de deber. Si bien luego nos referiremos extensamente sobre este tipo de infracciones, baste aquí con señalar que, en resumidas cuentas, ello significa que sus

---

<sup>10</sup> Con el propósito de lograr resultados equivalentes en todas las categorías, para delimitar la escala en abstracto hemos considerado las penas que eventualmente se aplicarían a un juez o fiscal si se le atribuyera –cuanto menos– un hecho de homicidio agravado –art. 80 CP–.

<sup>11</sup> TOF de Santiago del Estero, causa n° 7782/2015, “Azar, Antonio Musa y otros...”, sentencia del 2/06/2011. Si bien la decisión fue revocada por la Cámara Federal de Casación Penal –sala IV, resolución del 1/08/2012–, luego de un nuevo juicio Olmedo fue nuevamente absuelto –a fines de diciembre de 2017–. El ex juez federal Roca había fallecido un año antes.

conductas se encuadran bajo tipos penales que tutelan –en general– la administración pública y –en particular– la administración de justicia.

Entre las figuras penales que receptan infracciones de deber podemos señalar los delitos de abuso de autoridad, incumplimiento de deberes de funcionario público, prevaricato, omisiones de investigar o de instar las investigaciones y encubrimiento. En cuanto a las sanciones que podrían aplicarse en caso de condenas, las penas van desde la multa hasta los cuatro años de prisión.

Así, en esta categoría cabe mencionar –entre las resoluciones más relevantes– la sentencia dictada por el TOF de Tucumán en la causa del ex juez federal Manlio Martínez,<sup>12</sup> la del TOF n° 2 de Córdoba en la *causa Cornejo*, por medio de la que se condenó al ex juez y fiscal federal de esa jurisdicción<sup>13</sup> y la resolución de la justicia federal de Neuquén en la *causa Duarte*, en la que el juez instructor procesó a diversos magistrados y magistradas de esa provincia por omisiones a sus deberes funcionales.<sup>14</sup>

En la sentencia de la *causa Cornejo*, el tribunal condenó tanto al ex juez como al ex fiscal federal a la pena de tres años de prisión, como autores de los delitos de encubrimiento por infracción al deber de denunciar delitos en concurso real con incumplimiento de la obligación de promover la acción penal, a la vez que los absolvió por los delitos de incumplimiento de la obligación de promover la acción penal, en concurso ideal con abuso de autoridad, respecto otros hechos por los que habían sido acusados.

En ciertos casos, el tribunal entendió que el comportamiento ajustado a derecho de los funcionarios al tomar conocimiento de los hechos delictivos era denunciarlos ante el fuero militar –ya que no resultaban competentes por una ley dictada por la misma dictadura– y, por tanto, esas omisiones estaban encuadradas en el delito de encubrimiento por omisión de denunciar. En cambio, en los casos en que no se investigaron las torturas denunciadas por las víctimas al declarar en sede judicial, el tribunal calificó esas

---

<sup>12</sup> TOF de Tucumán, causa n° 40.1118/2000, “*Martínez, Manlio Torcuato...*”, sentencia del 12/06/2015.

<sup>13</sup> TOF n° 2 de Córdoba, causa n° FCB 71014233/2008, “*Cornejo, Antonio Sebastián y otros...*”, sentencia del 7/11/2017.

<sup>14</sup> Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, causa n° FGR 19.263/2013, “*Duarte Pedro Laurentino y otros...*”, resolución del 5/4/2018.



conductas en el delito de incumplimiento de la obligación de promover la persecución penal.

c. *Participación (primaria o secundaria)*: en esta categoría, la jurisprudencia sostiene que, al no haber intervenido en la ejecución de los crímenes, las contribuciones de jueces y fiscales solo pueden ser calificadas como un auxilio o cooperación – imprescindible o secundaria, de acuerdo al caso– a los autores de los delitos, esto es, a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad. Sin perjuicio de las consideraciones que formularemos luego acerca de esta calificación, debemos señalar que las sanciones penales en expectativa en esta categoría se elevan considerablemente respecto de la anterior, en tanto van desde los quince años de prisión hasta la prisión perpetua.

El ejemplo paradigmático de decisiones judiciales que optaron por la participación criminal fue la sentencia del TOF n° 1 de Mendoza en la denominada *causa de los jueces* –dictada a mediados de 2017–, que condenó a prisión perpetua como partícipes primarios en crímenes de lesa humanidad a los ex jueces federales de Mendoza Luis Francisco Miret, Rolando Evaristo Carrizo, Guillermo Max Petra Recabarren y al ex fiscal federal Otilio Roque Romano.<sup>15</sup>

De esta forma, el tribunal aceptó la calificación propuesta tanto por los querellantes como por el Ministerio Público Fiscal quienes, defendieron en sus respectivas acusaciones la posición jurídica de la participación primaria. Según señalaron los acusadores, los aportes omisivos de jueces y fiscales durante el terrorismo de Estado significaron contribuciones imprescindibles a los autores de los crímenes, sin los que el éxito del plan criminal pergeñado por la dictadura habría sido imposible. Por su parte, el tribunal sostuvo en la sentencia que:

jueces y fiscales debían actuar de cierta manera, ante el conocimiento de delitos graves; no obraron de la manera prevista por la ley; no lo hicieron, en razón de que querían colaborar con la actuación de los autores del delito grave; los autores de los delitos graves contaban con la inacción de jueces y fiscales; y esta deliberada omisión permitió a los autores seguir cometiendo los delitos [...] los acusados – hoy condenados– sostuvieron por un tiempo prolongado su actitud de colaboración en los delitos más graves del terrorismo de estado, principalmente al permitir el silencio y la inactividad del Poder Judicial de la Nación en los casos que eran

---

<sup>15</sup> TOF n° 1 de Mendoza, causa n° 076-M y acum., “*Menéndez Sánchez, Luciano B. y otros...*”, sentencia del 26/7/2017.

traídos por ante sus estrados y que involucraran la victimización por los responsables directos del accionar represivo.<sup>16</sup>

**d. Coautoría:** en esta categoría, las contribuciones de jueces y fiscales son de equiparadas al del resto de los intervinientes, considerándolos verdaderos ejecutores de los hechos. Según veremos más adelante, la discusión teórica gira aquí en torno a qué se entiende por la comisión conjunta del hecho y si las omisiones funcionales pueden configurar aportes suficientes para la coautoría. De todas maneras –de adoptar esta postura– se afirmará que tanto jueces como fiscales también tuvieron dominio sobre los hechos, es decir, también decidieron –junto a quienes ejecutores en forma directa los hechos– el si y el cómo de los crímenes. Se descarta entonces la complicidad y se atribuye a estos funcionarios la autoría de delitos de dominio, calificándolos –según la terminología de Roxin– como verdaderos protagonistas del acontecer delictivo. Sobre las sanciones en expectativa, no difieren de la complicidad primaria, en tanto las penas pueden variar entre los 15 años de prisión y la prisión perpetua.

Podemos ubicar en esta categoría a la sentencia del TOF de Mar del Plata, dictada a fines de 2016 en la *causa CNU –Concentración Nacional Universitaria–* mediante la que se condenó al ex fiscal federal Gustavo Modesto Demarchi como coautor por varios hechos de privaciones abusivas de libertad, homicidios y asociación ilícita. Según argumentó el tribunal, el rol de liderazgo que el entonces fiscal federal tuvo en la organización del aparato de poder significó una intervención activa en la elaboración del plan y además en la designación de funciones de los ejecutores, por lo que –a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los hechos– ello no impide la calificación de coautor, junto al resto de los intervinientes.<sup>17</sup>

En este panorama de marcada incertidumbre y de escasa uniformidad jurisprudencial en la decisión de este tipo de casos, se impone el análisis de las diversas teorías sobre intervención delictiva, a la luz de aquellas adoptadas y –medianamente– fundadas por los tribunales nacionales.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 2581.

<sup>17</sup> TOF de Mar del Plata, causa n° 33013793/2007 y acumuladas, sentencia del 20/12/2016, p. 209.

## 5. Macrocriminalidad e intervención delictiva múltiple

Hasta aquí se han puesto de resalto las cuestiones generales sobre el rol que ha tenido el Poder Judicial en los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período analizado. Según se destacó, a pesar de que luego de la reapertura de las investigaciones el impulso de los procesos judiciales se produjo con gran ímpetu, recién en los últimos años la justicia ha comenzado a indagar en profundidad acerca de la responsabilidad penal que cupo a jueces, fiscales y demás operadores judiciales por esos delitos.

Dicha situación de novedad en el análisis de los casos explica solo en parte el enorme contraste que se evidencia en las soluciones abordadas por la jurisprudencia. Desde otra perspectiva, la determinación de la intervención delictiva en casos de macrocriminalidad resulta uno de los temas más confusos del derecho penal, en especial cuando se intentan abordar fenómenos tan complejos con herramientas jurídicas que han sido diseñadas para la criminalidad común. En este contexto, antes de iniciar el desarrollo de cada una de las posiciones dogmáticas que pueden aportar soluciones al respecto, es necesario analizar la intervención delictiva desde esta perspectiva, haciendo hincapié además en los antecedentes teóricos que servirán de base para el estudio propuesto.

### 5.1 El problema de la intervención delictiva múltiple

Recuerdo haber leído hace algunos años un artículo publicado en la página web de la BBC que relataba un descubrimiento en una excavación del norte de España, en un lugar llamado Sima de los Huesos.<sup>18</sup> La nota relataba que lo que, según las evidencias arqueológicas, se reputaba como el primer homicidio de la historia: 430.000 años atrás, un Neandertal fue ultimado con un objeto contundente y mediante dos impactos seguidos en su cráneo, provocando su muerte en forma inmediata. Sin embargo, los arqueólogos no pudieron asegurar –ni creo que a esta altura sea posible– si el desafortunado hecho prehistórico tuvo como protagonistas a uno o varios responsables.

De cualquier manera, de proponernos individualizar a los responsables del caso – y asumiendo que los dos golpes a aquel Neandertal hace medio millón de años fueran ocasionados por un único individuo–, no habría muchas dificultades en decir que el

---

<sup>18</sup> BBC, *¿Es éste el primer asesinato de la historia?*, publicado el 28/05/2015, disponible en [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150528\\_asesinato\\_historia\\_espana\\_lp](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150528_asesinato_historia_espana_lp) [última consulta: 28/08/2018].

atacante fue autor del hecho. Sin embargo, la tarea de delimitar el grado de responsabilidad se hace más difícil si suponemos que en la ejecución, el sujeto contó con alguna clase de ayuda de otros individuos. Cabría preguntarse primero si la ayuda fue anterior, concomitante o posterior al hecho. Luego, si el auxilio determinó la ejecución del hecho de tal manera que, de no haber existido, no se habría configurado. O si en la ejecución, los sujetos asignaron roles y se dividieron las tareas. Por último –siguiendo este ficticio y atemporal análisis dogmático– reunidos estos elementos y de acuerdo al grado alcanzado, establecer la graduación punitiva de su injusto.

El capítulo de la ciencia penal que aborda las formas de intervención delictiva – que la doctrina penal clásica denominaba como autoría y participación– intenta dar solución a este tipo de interrogantes, brindando herramientas jurídicas útiles –aunque a veces confusas y enredadas– para asignar a cada interviniente en un hecho su correspondiente grado de responsabilidad, lo que –al fin y al cabo– se traduce en *cantidad de pena*. En *Täterschaft und Tatherrschaft* –traducida al español como *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, tal vez el trabajo más importante que ha tenido el derecho penal en el siglo pasado– Roxin se hace eco de las dificultades de esta delimitación con una cita del jurista alemán Hermann Kantorowicz, quien ya por 1910 señalaba que la teoría de la participación –en un sentido amplio, refiriendo a la intervención delictiva en general– constituía el “capítulo más oscuro y confuso de la ciencia penal” (Roxin, 2016, p. 19). Todos quienes hemos asomado apenas al estudio del tema podemos estar de acuerdo con esta afirmación: transcurridos más de cien años, lo enmarañado de la materia persiste.

Señala acertadamente Pérez Alonso (1998) que el problema de determinar los grados de intervención delictiva no es exclusivo de un determinado país, ni de un sistema jurídico específico; mucho menos, como se verá, de una regulación legal en particular. Si bien la problemática debe ser abordada desde el derecho penal, ya que principalmente se abordan relaciones inter-subjetivas –comportamientos y roles sociales– parece estar fuertemente influenciada por múltiples factores –socio-culturales, legales, político-criminales, etc.–, transformándose por ende en un problema de la vida social, casi universal (p. 140). No obstante los alcances del asunto pueden tener un interés global, no puede dejarse de lado que las regulaciones legales o las doctrinas que resultan dominantes en cada país o región, bien están influidas por esos valores sociales, fenomenológicos e incluso éticos, plasmados luego en la norma, que brinda puntos de partida o criterios válidos pero no por ello absolutamente inflexibles.

Al respecto, Zaffaroni (2005) apunta que los conceptos jurídicos que se manejan en las distintas formas de intervención delictiva no surgen por arte de magia ni son inventados por el derecho penal, sino que tienen base óptica –proviene del mundo– y que, al ser precisados jurídicamente, deben mantener un cierto sentido o reflejo con el mundo de donde provienen. Coinciden también Jescheck/Weigend (2002), al decir que la división de las formas de manifestarse la intervención delictiva viene determinada, antes que por el legislador, “más bien por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica si es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción” (p. 693).

Roxin (2016) no parece estar de acuerdo con tal posición, ya que es de la opinión de que si para delimitar las formas de intervención delictiva, el legislador toma ciertas predefiniciones sociales –como las clásicas definiciones de autor, inductor o cómplice– resultaría no sólo unilateral sino también de poca ayuda para la solución de los casos más complejos que pueden presentarse. Sostiene por tanto que para que los conceptos formados legislativa, judicial o científicamente resulten realmente útiles y eficaces, no deben ser “meras réplicas de prefiguraciones extrajurídicas”, sino más bien un producto del espíritu configurador científico, no una mera correspondencia directa con el ámbito de las estructuras sociales preestablecidas (p. 40).

Comenta Vega (2003) que mientras en Alemania y España los avances teóricos sobre la intervención delictiva se profundizaron en los sesenta, Argentina por el contrario se encuentra todavía lejos de un desarrollo teórico sólido en la materia. Si bien los primeros aportes se dieron también en la década del sesenta con las obras de Guillermo Fierro –*Teoría de la participación criminal* (1964)– y de Enrique Bacigalupo –*La noción de autor en el Código Penal* (1965)– fue recién con el desembarco de la teoría finalista del dominio del hecho en los setenta –con los aportes de Zaffaroni y Bacigalupo– cuando la doctrina se fue consolidando. Sin embargo, destaca que la jurisprudencia se dividió y mantuvo refractaria hasta fines de los ochenta, citando el contrapunto teórico entre la cámara federal y la Corte Suprema en el expediente del juicio a las juntas, ya explicado en la sección primera de este trabajo (p. 9-10).

Las confusiones en la materia se evidencian aun, por ejemplo, en la deficiente regulación de nuestro código penal sobre la intervención delictiva, que se mantiene sin modificaciones desde su sanción en 1921. Para empezar, el título VII del libro primero se denomina –en forma restringida y anacrónica– “participación criminal” –para referir en

forma amplia a la intervención plural de personas en el delito (Zaffaroni, 1999, p. 344)–. Tampoco se brinda un concepto general de autor ni pautas claras para diferenciar las distintas formas de intervención. Padece además de una deficiente formulación de la coautoría y la ausencia de regulaciones legales importantes –como la autoría mediata–. En esta materia –como en tantos otros aspectos– el CP vigente no sólo se presenta como vetusto y desactualizado sino que además promueve un preocupante margen de discrecionalidad en la aplicación del derecho penal, provocando en la práctica enormes e injustas distorsiones.

Las dificultades se incrementan cuando el derecho penal se propone abordar nuevos fenómenos criminales, como la criminalidad masiva, los crímenes internacionales o transnacionales. Así ocurrió en nuestro país con los procesos de justicia transicional: como se vio en la primera parte de este trabajo, para fundar la responsabilidad penal de los comandantes la sentencia de la Cámara Federal recurrió a la tesis de Roxin de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, mientras que luego la Corte Suprema rechazó que esa doctrina pudiera aplicarse en nuestro derecho y declaró partícipes a los imputados. La nueva etapa de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad a la que asistimos en la actualidad también ha dado muestras evidentes de que las discusiones en la materia siguen siendo complejas y por demás diversas.

Es que precisamente en los contextos de criminalidad masiva es donde la problemática se agudiza: las graves violaciones a derechos humanos y fundamentalmente los crímenes internacionales –como el genocidio y los delitos de lesa humanidad– no pueden juzgarse desde el cristal de la criminalidad común. Para la aprehensión acabada de estos nuevos fenómenos y para que el Estado –desde el derecho penal– brinde soluciones que se acerquen cada vez más a la justicia, es preciso repensar las estructuras clásicas y proponer nuevos esquemas, los que hoy se encuentran en pleno desarrollo y que, cuanto menos en algunos pocos aspectos, nos proponemos analizar en lo que sigue.

## **5.2 La macrocriminalidad y los nuevos rumbos en el derecho penal**

Desde sus orígenes y casi hasta finales del siglo pasado, las discusiones jurídicas del derecho penal y fundamentalmente de la dogmática penal, han girado en su mayoría sobre cuestiones ligadas a la criminalidad común, las que si bien muestran ciertos desafíos, no presentan la misma complejidad que otros fenómenos delictivos de carácter global y que aquellas disciplinas se proponen abordar. Hoy en día –transitando los inicios

del siglo XXI– tal vez nos vengan rápidamente a la cabeza fenómenos delictivos globales como la delincuencia organizada, el lavado de activos, el narcotráfico, la corrupción o el terrorismo internacional.

Sin embargo, a poco que avanzamos sobre la historia mundial contemporánea, apreciamos acontecimientos de gran escala que marcaron a fuego nuestra era, que modificaron esas bases y obligaron a repensar muchas categorías. En particular, a partir de mediados del siglo pasado, las devastadoras atrocidades cometidas por el nazismo en Europa –sumado a la escala global con que fueron ejecutados– dejó en evidencia no sólo la debilidad de la comunidad internacional en evitar ese tipo de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos –parte de esa comunidad fue, precisamente, responsable de su ejecución– sino fundamentalmente la dificultad del derecho penal clásico para aplicar el poder punitivo en este tipo de hechos. Estos profundos cambios históricos, políticos, culturales y sociales condujeron a repensar las categorías delictivas que se manejaban hasta entonces, dando lugar al nacimiento del derecho penal internacional –de aquí en más, DPI– y generando nuevas formas de entender y explicar estos fenómenos criminales.

En sintonía con ese panorama, Bolea Bardón (2000) señala que las organizaciones criminales constituyen un fenómeno muy complejo, de difícil aprehensión con las formas de autoría y participación tradicionales, que no fueron pensadas originalmente para sucesos colectivos como son los crímenes internacionales. En el mismo sentido, Joshi Jubert (1996) pone de relieve esta situación, señalando que

el Derecho penal clásico ha sido concebido para la criminalidad poco compleja, caracterizada por el hecho de que la concepción del delito, no solo en sus líneas básicas, sino los últimos detalles y su ejecución, están en manos de las mismas personas, con una división del trabajo mínima. La criminalidad actual, en cambio, se lleva a cabo por medio de organizaciones con una estructura interna mucho más compleja (citado en Bolea Bardón, 2000, p. 366).

Modernamente se habla de *macrocriminalidad* para referir a los fenómenos de criminalidad masiva y que en general están vinculados a graves violaciones a derechos humanos por parte de los Estados. La doctrina penal internacional dice que la macrocriminalidad “comprende, fundamentalmente, comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, *macroacontecimientos* con relevancia para la guerra y el derecho internacional”, en los que las diferencias con otras formas corrientes

de criminalidad están en las condiciones políticas de excepción y en el rol activo desempeñado por el Estado (Ambos, 2006, p. 44).

Se discute si otros tipos de criminalidad masiva –por ejemplo, la denominada criminalidad “de los poderosos” o el terrorismo internacional– también integran el concepto. Sin embargo, la macrocriminalidad que es objeto del derecho penal internacional –y, en consecuencia, del abordaje que en el derecho interno de cada Estado se haga de éste– tiene características particulares que aconsejan no extender tan ampliamente su comprensión a todo fenómeno criminal de grandes dimensiones. Ambos habla, en forma restringida, de *macrocriminalidad política*, en alusión a los crímenes colectivos direccionados y ejecutados desde el estado, utilizando también términos como crímenes de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental.

Como puede observarse, el nacimiento mismo del derecho penal que se denominó luego como internacional –para diferenciarlo de aquel de orden doméstico– estuvo íntimamente vinculado con estos fenómenos criminales masivos. Destaca Zuppi (2013) que la configuración del derecho penal internacional y su cristalización a finales del siglo XX tiene una evolución que recorrió varias etapas. El comienzo se dio cuando los Estados tomaron consciencia de que ciertos delitos previstos en los ordenamientos nacionales adoptaban ahora otros matices, tenían una trascendencia que superaba los límites de la competencia doméstica para afectar a la humanidad toda. Más modernamente, el establecimiento de tribunales penales internacionales y de la jurisdicción universal catapultó a esta nueva rama del derecho como un nuevo modo de comprender y aprehender la criminalidad internacional.

Hay que aclarar que la aplicación del DPI a la macrocriminalidad no se limita sólo a la órbita penal internacional, sino que también forma parte de sus pretensiones que sus principios y sobre todo regulaciones echen raíces en los ordenamientos jurídicos domésticos. Tal como señala Werle (2011), luego de la creación de la Corte Penal Internacional –CPI–, se aspira a que:

los Estados Partes adecuen su derecho penal al derecho penal internacional material, de modo que queden en las mismas condiciones que la propia Corte Penal Internacional para poder perseguir y sancionar los crímenes internacionales. Por eso muchos Estados han empleado la implementación del Estatuto de la CPI como una oportunidad para adaptar los presupuestos jurídicos de derecho interno aplicables a la persecución de crímenes internacionales al desarrollo alcanzado por el derecho penal internacional (p. 76).



En este sentido, algunos autores –como Kai Ambos– defienden la necesidad de distinguir entre el injusto individual y el injusto colectivo, por entender que las reglas de imputación tradicionales del derecho penal –en tanto fueron pensadas para el individuo– podrían ser reformuladas para la ejecución de hechos en el marco de fenómenos de macrocriminalidad.

### 5.3 Las respuestas del derecho penal a la intervención delictiva múltiple en crímenes internacionales

A partir del siglo pasado, el derecho penal se vio entonces en la necesidad de hacer frente a los nuevos desafíos que trajo aparejados la criminalidad masiva. Las características propias de los crímenes del nazismo obligaron a los tribunales y también a la academia a repensar las formas en las que los responsables habían intervenido en los delitos cometidos. ¿Cómo era posible fundar la responsabilidad criminal de Hitler, Himmler o Eichmann por los múltiples homicidios, torturas, violaciones y demás crímenes que otras personas ejecutaban a cientos de kilómetros desde donde ellos se encontraban? ¿De qué forma la maquinaria terrorista lograba que las órdenes se transmitieran en la cadena de mando y finalmente esos crímenes se cumplieran?

Fue a raíz del juicio contra el ex SS Adolf Eichman –llevado a cabo en 1961 por un tribunal penal de Jerusalén– Claus Roxin reformuló las ideas de autoría mediata que ya había postulado Hans Welzel –uno de los padres del finalismo– e introdujo una nueva doctrina para explicar el funcionamiento del aparato terrorista y la responsabilidad penal de sus intervinientes. La teoría, denominada autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, fue publicada por Roxin en 1963 e incluida luego en su célebre obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

La tesis del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder – que fue aplicada por primera vez en Argentina en el juicio a los comandantes de las juntas militares– contiene una serie de presupuestos dogmáticos que, verificados en el caso concreto, permiten la atribución de responsabilidad de los mandos altos y medios de un aparato organizado de poder por los crímenes cometidos por sus subordinados, ordenados en ejercicio de su poder de mando. El propio Roxin (2009) ha explicado que su teoría:

se basa en la tesis de que, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos, teniendo un poder autónomo de dar órdenes, también podrían ser hechos responsables como autores mediatos aún cuando los ejecutores directos puedan ser penados igualmente como autores plenamente

responsables. En el lenguaje coloquial alemán se designa a estos maquinadores como ‘autores de escritorio’. Mi idea consistía en volcar este concepto cotidiano en una categoría precisa de la dogmática jurídica. Detrás de estos esfuerzos se encontraba, como motivación directa, el proceso que acababa de culminarse en Jerusalén contra Adolf Eichmann; uno de los principales responsables de la matanza de judíos en la época nazi (p. 52).

La autoría mediata de Roxin es sólo un ejemplo de cómo la ciencia penal ha aportado nuevas soluciones a los fenómenos macrocriminales modernos. Pero también la jurisprudencia ha hecho aportes interesantes a estos nuevos desafíos: en el ámbito del derecho penal internacional, los tribunales militares de Núremberg, Tokio y –con posterioridad– otros tribunales penales internacionales tomarían nuevos rumbos en el camino de la intervención delictiva en crímenes internacionales.

El estatuto del tribunal militar internacional de Núremberg –creado por medio del tratado que las potencias aliadas firmaron en Londres en 1945 y que tenía por objetivo juzgar aquellos crímenes que “no tuvieran una localización geográfica particular”– establecía como tipos penales los crímenes contra la paz –que incluían la planificación, preparación y conducción de una guerra de agresión–, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Más allá de las críticas que –desde una visión actual– pueda hacerse de la sentencia del tribunal de Núremberg,<sup>19</sup> lo cierto es que sentó bases fundamentales para los desarrollos posteriores del DPI, como el de considerar que el enjuiciamiento de este tipo crímenes no sólo era posible por fundarse en el derecho internacional consuetudinario sino además una respuesta ética y jurídica ineludible. En cuanto a la responsabilidad individual, el Estatuto estableció un concepto unitario de autor, sin realizar distinciones entre los distintos intervinientes.<sup>20</sup> Idéntica fórmula de corte unitario fue utilizada en el Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente –Tribunal de Tokio–.

Luego de las sentencias de ambos tribunales, a través de la ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, se realizaron numerosos procesos judiciales en las zonas ocupadas por los aliados y que habían establecido sus propios tribunales de justicia. Entre los más relevantes se encuentran los doce procesos sucesivos al juicio de Núremberg llevados a

---

<sup>19</sup> Algunas de estas críticas pueden leerse en Werle (2011), p. 46.

<sup>20</sup> El art. 6 del Estatuto expresaba: “Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables por todos los actos realizados por cualquier persona involucrada en la ejecución de dicho plan”.

cabo por tribunales militares estadounidenses, en los que se acusó a representantes de la profesión médica, de la Administración de Justicia, de las fuerzas armadas, de la economía y de la industria, así como dirigentes del Estado y del Partido Nacional socialista (Werle, 2011, p. 54).

El proceso judicial conocido como juicio de los jueces –*The United States of America v. Altstötter, et al*– fue el tercero de los doce procesos que se llevaron a cabo en Núremberg, sentando un precedente importantísimo sobre la intervención del poder judicial alemán en los crímenes perpetrados por el nacionalsocialismo. La sentencia del tribunal no sólo condenó a diez de los dieciséis imputados por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad contra civiles alemanes y de los países ocupados sino que además dio por probado que el sistema de justicia alemán se había puesto al servicio de la maquinaria genocida implementada por el Estado.

Ya luego de finalizada la Guerra Fría, a comienzos de la década de los noventa, los tribunales penales internacionales creados por las Naciones Unidas para investigar y juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda –de aquí en más, tribunales penales internacionales *ad hoc*– realizaron aportes jurídicos más muy importantes para el fortalecimiento de las bases sentadas por los tribunales de Núremberg y Tokio. Según afirma Werle, la creación de estos tribunales *ad hoc* –y especialmente el arduo trabajo que realizaron durante décadas– llevó a un renacimiento del derecho penal internacional, disciplina que no había alcanzado a nacer y se encontró hibernando durante todo el período de la Guerra Fría. En este sentido, los Estatutos de estos tribunales reforzaron la validez del DPI como norma de derecho internacional consuetudinario, al tiempo que en la arquitectura de ambos puede verse gran parte del “núcleo duro” del derecho penal internacional vigente en la actualidad.

En lo que aquí interesa, uno de los principales aportes jurídicos de esos tribunales *ad hoc* ha sido la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta –ECC– o *Joint Criminal Enterprise* –JCE–. Al modo de la coautoría –pero con algunas notas distintivas, según se verá más adelante– esta doctrina judicial fundamenta la imputación recíproca de los aportes de los diversos intervinientes en un mismo hecho, de común acuerdo y con base a un determinado plan. Las limitaciones propias de las categorías de intervención delictiva del derecho penal tradicional y las dificultades probatorias con que ciertamente se encontraron las distintas salas de estos tribunales internacionales en el juzgamiento de

crímenes de tal complejidad sin dudas tuvieron una gran influencia en el fraguado de la teoría, la que no está exenta de numerosas críticas, según se verá *infra*.

## **6. Antecedentes teóricos de la intervención delictiva múltiple en derecho penal**

Hasta aquí se ha intentado ubicar sistemáticamente el marco teórico de esta investigación. En la búsqueda de los postulados que mejor aprehendan el injusto de quienes, como miembros del Poder Judicial, intervinieron en crímenes durante el terrorismo de Estado, conviene repasar la evolución que ha tenido la dogmática en la materia, para comprender hacia qué rumbos ha girado el pensamiento penal y qué nociones útiles pueden rescatarse para las soluciones que aspiramos.

### **6.1 Teoría unitaria de autor**

La teoría unitaria no distingue grados entre los diversos intervinientes de un hecho delictivo. En su versión clásica, considera autor a toda persona que haya realizado una contribución causal al tipo, sin discriminar la intensidad de su aporte. Para calificar a alguien de autor resulta suficiente probar sólo una conexión causal entre su aporte y el hecho. En su vertiente más moderna o funcional –renunciando a una fundamentación causal– distingue entre diversas formas de autoría, siendo su rasgo característico el de desistir también de la relación de accesoriedad entre los diversos intervinientes (Díaz y García Conlledo, 2002, p. 14).

Debido a las influencias de la fenomenología científica en el derecho penal, el positivismo naturalista postuló que éste se ocupara de las distintas personas que intervienen en un delito principalmente desde el punto de vista de su aporte causal al resultado. Uno de los fundamentos más importantes de este postulado lo constituye la teoría de la equivalencia de las condiciones –*conditio sine qua non*– que predica un concepto muy amplio de causa: todas las condiciones del resultado son equivalentes, en tanto no hay diferencias conceptuales entre todas ellas de cara a su producción final. En la actualidad, los códigos penales de Austria e Italia mantienen aún este sistema.

La doctrina moderna hace una crítica enérgica a la teoría unitaria de autor, fundamentalmente por esa renuncia que esta tesis hace de la accesoriedad, lo que al fin y al cabo genera resultados deficitarios al momento de la cuantificación de la pena. Jakobs también la tacha de ser excesivamente amplia y a la vez demasiado estrecha, ya que

excluye a ciertos intervinientes cuya punición resulta adecuada –por ej., el *extraneus* en un delito de infracción de deber como el prevaricato– y, en otros, incluye a unos y otros no –por ej., el caso del inductor en una autolesión atípica– (Jakobs, 1997, p. 720).

Roxin (2014) señala que de seguir consecuentemente el planteamiento del concepto unitario de autor, daría lugar a una intolerable ampliación de la punibilidad, destacando dos cuestiones: la reducción de la realización típica a la causalidad y que tampoco permite la atenuación de la pena para la complicidad ni para la inducción (p. 65). Además, se da de bruces con la regulación de los delitos especiales –considerar como autores a aquellos sujetos que no reúnen las condiciones del tipo penal– y con los delitos de propia mano –por ejemplo, alguien que auxilia a quien comete falso testimonio–.

Desde otra perspectiva, Díaz y García Conlledo (2002) señala que las críticas al concepto unitario de autor resultan demasiado exageradas, máxime cuando algunos autores –en clara referencia a Roxin– critican su aplicación para distinguir niveles de responsabilidad en los delitos de resultado pero acuden a ella en los imprudentes. No obstante, concluye que se prefiere un concepto restrictivo, ya que se ajusta mejor a los principios garantistas del derecho penal moderno. También Jescheck/Weigend (2002) señalan que el concepto unitario de autores trae más problemas que soluciones ya que, por un lado, se pierde el específico injusto de acción del tipo correspondiente y además se excluye la posibilidad de un marco punitivo atenuado para la complicidad (p. 695).

Pero –como bien subraya Díaz– a pesar de las críticas, en cierta doctrina y jurisprudencia aún persiste la utilización del concepto unitario de autor para calificar ciertos tipos de intervenciones. Destaca Roxin que en el derecho penal alemán esta tendencia legislativa se observa sobre todo en los delitos de organización y en el derecho penal económico, citando como ejemplo el delito de creación o fundación de asociaciones criminales –pár. 129, CP alemán–, similar a nuestro delito de asociación ilícita –art. 210/210 bis del CP–, en que de acuerdo a la previsión legal se anula la diferenciación entre autoría, cooperación o complicidad e inducción. Pero además, en su propia tesis de los delitos de infracción de deber, Roxin propone el concepto único de autor para calificar las intervenciones de quienes están obligados a actuar con base en deberes extrapenales –*intraneus*–, como serían los funcionarios públicos en los delitos propios de sus tareas, mientras que quienes no estén vinculados por tales deberes sólo podrán ser partícipes –*extraneus*–.

## 6.2 Teorías diferenciadoras

La estrechez de la teoría unitaria de autor y las posibles implicancias negativas de su aplicación –en particular la vulneración del principio de culpabilidad– derivó en nuevos planteamientos para explicar la intervención en un hecho delictivo. El tratamiento diferenciado de las formas de intervención puede trazar sus orígenes hasta el derecho penal italiano de finales de la Edad Media, que formuló una teoría especial de la participación que diferenciaba entre las distintas formas de participación, aunque de modo distinto a lo que conocemos en la actualidad. Fue por influencia de Böhmers por quien se impuso la distinción objetiva entre la autoría y la participación de acuerdo con el criterio de la realización de una acción ejecutiva –*causa physica*– o de una acción de mero apoyo a ésta –*causa moralis*– (Jescheck/Weigend, 2002, p. 695).

Luego –ya desde los años veinte del siglo pasado– la ciencia jurídica superó definitivamente los modos de pensar naturalístico-causales, apelando a la independencia de las ciencias culturales con respecto a las naturales y abordando los problemas jurídicos con métodos científicos propios. Es decir, se puso de manifiesto la falta de idoneidad de la consideración causal y se plantearon nuevas orientaciones de la problemática (Roxin, 2016, p. 26).

Las teorías diferenciadoras se dividen, a su vez, en dos grupos: las que postulan un concepto extensivo de autor y las que sostienen uno restrictivo. Las primeras parten de la misma premisa que el criterio unitario, en tanto se basan en la equiparación entre los intervinientes pero cuentan con preceptos específicos para distinguir autores de cómplices, lo que de entrada se critica por traicionar el postulado inicial. Las teorías restrictivas de autor distinguen entre autores y partícipes y se concreta de diversas formas, en particular mediante la inclusión de cláusulas de extensión de punibilidad en la parte general, que amplían la punición de otros intervinientes fuera de los autores de los tipos de la parte especial (Díaz y García Conlledo, 2002, p. 14).

Según esta perspectiva, los delitos del CP sólo comprenden a la autoría, por lo que –en el homicidio, por ejemplo– sólo los autores realizan comportamientos contenidos en el tipo de matar a otro. Los partícipes, en cambio, colaboran con el hecho del autor –accesoriedad, extensión de responsabilidad– por lo que en –rigor de verdad– no matan. La conducta de los partícipes es accesoria y, por tanto, su gravedad no debería ser equiparada a la de los autores (Righi, 2013, p. 375).

La doctrina mayoritaria acepta que un concepto restrictivo de autor resulta preferible para una teoría penal moderna en el marco de un Estado democrático de Derecho, debiendo ser punto de partida ineludible para cualquier formulación teórica que se haga de la intervención delictiva múltiple. Sin embargo, si bien resulta importante conectar las soluciones jurídicas que se de a cada caso con los puntos de vista que el legislador ha previsto en cada figura típica, ello tampoco puede desembocar en una concepción demasiado estrecha de la autoría, que no admita otras formas de cometer el hecho por sí mismo, como la autoría mediata o, en cierto punto también la coautoría, mediante la división de tareas y un plan delictivo en conjunto (Jescheck/Weigend, 2002, p. 698).

Dentro de las teorías que distinguen entre diversas intervenciones podemos señalar la teoría objetivo-formal, las teorías objetivo-materiales, las teorías subjetivas y las teorías mixtas, distinguiéndose a su vez posturas específicas en cada una de ellas.

**a. Teoría objetivo-formal**

Considera autor sólo a quien ejecuta por sí mismo en forma total o parcial las acciones descritas en los tipos penales, calificando al resto de los intervinientes como cómplices o inductores. Según Roxin (2016) su principal ventaja es colocar a quien realiza el hecho típico en el centro de la escena, como protagonista indiscutible de su acontecer, lo que resulta una garantía del cumplimiento del principio de culpabilidad. Su perspectiva resulta interesante ya que, al considerar intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor –tenidas en cuenta por el legislador al establecer los requisitos típicos– logra captar acciones vivas (p. 51). En resumen, la principal fortaleza de la teoría formal-objetiva reside en entender el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, ubicando a quien ejecuta por sí mismo –autor– en el centro de su consideración.

Sin embargo, la principal crítica que puede formularse a este criterio es el de su extremada estrechez, en tanto resulta incapaz de explicar la autoría mediata –con plena aceptación actual e incluso regulada en códigos penales modernos–, en especial la actuación a través de un instrumento no doloso –por ejemplo, el médico que a través de una enfermera no conocedora del plan, hace administrar una inyección letal a un paciente–. Tampoco la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, cuyo núcleo consiste precisamente en la ejecución del hecho por parte de autores directos

fungibles, verdaderos instrumentos de la maquinaria de poder pero, a su vez, plenamente responsables.

Desde otra perspectiva, al teoría también falla para explicar suficientemente la coautoría, mostrando serias deficiencias. Por ejemplo, de seguir sus postulados para analizar un robo cometido por dos sujetos en un banco –uno que apunta con una pistola al cajero y otro que se apodera del botín sin ningún tipo de violencia–, tendríamos que quien apunta y amenaza sería autor de coacción agravada y el otro autor de hurto, no existiendo imputación recíproca para ambos por el hecho global. Ello pone en evidencia que tal criterio de ninguna manera podría resultar útil para la aprehensión de fenómenos macrocriminales, caracterizados precisamente por la gran cantidad de intervinientes y la diversa naturaleza de sus aportes.

#### **b. Teorías objetivo-materiales**

El desarrollo de estas teorías se basa en las diferencias causales y también en los criterios objetivos en la diferenciación entre intervinientes, formando parte de las teorías restrictivas de autor. Ya que presentan particularidades que ameritan comentarios específicos, se desarrollan seguidamente en forma separada.

**b.1 Teoría de la necesidad:** equipara a quien realiza un aporte que se considera imprescindible para la ejecución del hecho –sin la que éste no se habría podido llevar a cabo– a quien lo ejecuta de propia mano. De esta forma, autor será aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada, mientras que cómplice quien –omitiendo su acción– sólo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido tal como se cometió (Roxin, 2016, p. 54). Según puede observarse, la interpretación es idéntica a la que hace la jurisprudencia dominante sobre el partícipe primario y por ciertos tribunales para calificar los aportes delictivos de los ex funcionarios judiciales durante el terrorismo de Estado –por ejemplo, en la causa de los jueces de Mendoza, en que el tribunal los calificó como partícipes primarios–.

Dos son las principales ventajas de esta teoría: por un lado, ubicar al autor en el centro del suceso delictivo, lo que –dado ese rol protagónico– se ajusta mejor a su mayor grado de injusto en el hecho. También permite explicar los fundamentos de la coautoría, ya que postula la interconexión necesaria de las acciones de cooperación en las aportaciones al hecho, aunque no sin algunas falencias. Sin embargo, la teoría resulta inútil como criterio general para distinguir autores y cómplices debido a su metodología



defectuosa en la demarcación de los aportes de cada interviniente: “ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal ‘necesaria’ ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor” (Roxin, 2016, p. 55). Tampoco resulta suficiente para diferenciar correctamente entre autoría, autoría mediata e inducción.

**b.2. Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho:** esta doctrina –en forma simplificada, *teoría de la simultaneidad*– si bien tiene raíces antiguas en el medioevo italiano –donde ciertos juristas ya hablaban de participación previa, simultánea y posterior– modernamente se encuentra vigente en el *common law*. Allí se habla del *principal in first degree* –quien ejecuta personalmente la acción típica–, del *principal in the second degree* –sujeto que no comete el delito personalmente pero que está presente cuando se comete– y del *accessory before the fact*, esto es, la persona que está ausente cuando se comete el delito pero solicita, aconseja, ordena o instiga para que se cometa.

La teoría presenta la ventaja de asumir algunos de los principios útiles de las teorías objetivo-formal y de la necesidad, sin incurrir en su unilateralidad. Por un lado, sitúa en el centro de la ejecución del hecho a los partícipes, pero sin requerir que deban realizar un elemento típico, sino que entiende el concepto de “ejecución conjunta” en el sentido de cooperación simultánea en la comisión del hecho, más cercano al principio de accesoriedad. Por otro lado, entiende correctamente que –más allá del auxilio de los cómplices– el hecho se encuentra en manos del autor, quien “tiene en sus manos el suceso”, siendo un antecedente importante en la hoy dominante teoría del dominio del hecho (Roxin, 2016, p. 57-58).

Sin embargo, se le critica ser demasiado esquemática, en tanto considera al interviniente en una posición central en el hecho –que supone obra común– con el sólo requisito de cooperar activamente durante su ejecución, cuando en verdad hay acuerdo en que se deben verificarse otros extremos. Así –de acuerdo a la doctrina dominante– el campanero que vigila el lugar donde se ejecuta el robo o el taxista que transporta a los ladrones, no se considerarán coautores en todos los casos, sino que tal calificación dependerá de las circunstancias de los aportes en la ejecución del hecho.

Refiere Roxin que la teoría tampoco resulta suficiente para explicar la responsabilidad del autor mediato quien, por lo general, no actúa durante la fase ejecutiva, dejando esa intervención al instrumento que actúa de buena fe. Se concluye entonces que si bien brinda puntos de partida interesantes, no resulta suficiente como criterio general de distinción entre autores y partícipes.

Ahora bien, si comparamos los postulados de esta teoría con los aportes criminales de ex jueces y fiscales que se han detallado antes, podemos concluir que su fórmula resulta demasiado estrecha, y sus conductas quedarían relegadas a la tercer categoría. Bajo este análisis, el requisito de estar presente en la comisión del hecho aparece como demasiado restrictivo, ya que excluye otros aportes –en este caso, el de los funcionarios judiciales– que si bien no se dan físicamente en el mismo lugar que es escenario principal de la ejecución, no por ello dejarían de integrar el concepto de ejecución conjunta o serían menos imprescindibles para su consumación exitosa. Como conclusión provisoria –la que será ampliada más adelante– debemos decir que, en la definición de la coautoría, requerir la presencia en el lugar de comisión del hecho resulta un extremo demasiado restrictivo, que no permite aprehender el verdadero rol que estos funcionarios tuvieron en dichos crímenes.

**b.3 Teoría de la causalidad física y causalidad psíquica:** la postura distingue entre autores y partícipes en razón de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente –autoría– o a través de la acción independiente de otro –participación–. Representantes de esta postura han enfatizado en el rol protagónico del autor, aportando fundamentos desprovistos de criterios naturales o formales y con ciertas pinceladas subjetivas. Señalan que no sólo domina el hecho quien tiene manejo sobre el curso natural de los acontecimientos sino también quien para ejecutarlo se sirve de otro sujeto que actúa con voluntad no libre o sufriendo error –*dominium causae*–, rechazándose la autoría cuando este ejecutor material tenga libre voluntad.

Podemos acotar en este punto que si bien la postura podría ser útil para fundamentar lo que Roxin llama el dominio de la voluntad por coacción o error, no encaja en el dominio en virtud de la organización, donde el instrumento es un sujeto plenamente responsable que decide ejecutar el hecho. Pero más allá de esa circunstancia, Roxin toma ciertos aspectos de la teoría como puntos de partida de su propia construcción de la autoría –al igual que para la coautoría–, tesis en la que enfatiza en aspectos objetivos y se desprende de aquellos subjetivos. Bajo ese cristal, la teoría de la causalidad en cierta forma se anticipa, en sus rasgos esenciales, a la teoría del dominio del hecho.

Pero Roxin también destaca algunos defectos importantes, en particular lo que llama la “asepsia valorativa” del planteamiento causal: para explicar la autoría –coautoría o autoría mediata– no puede partirse sólo de la distinción entre causalidad directa e indirecta, física o psíquica. En la coautoría, por ejemplo, resulta insatisfactorio que la

solución dependa de una distinción meramente formal, esto es, sólo de una mera división del trabajo en la ejecución conjunta del hecho, faltando el elemento de ligazón común entre los coautores y que precisamente los califica como tales. Allí radica, por ejemplo, la dificultad de quienes defienden esta teoría para decidir si quien sujeta a la víctima de homicidio resulta cómplice o coautor (Roxin, 2016, p. 60-63).

A ello podemos agregar –desde la óptica del tema aquí estudiado– que los fenómenos delictivos que se producen en contextos de criminalidad masiva resultan muy complejos. Realizar análisis lineales o unidireccionales como propone esta teoría creemos que no conduciría a resultados satisfactorios, que aprehendan en toda su extensión la diversidad de esos aportes. Según la posición que aquí sostenemos, la definición de la autoría no puede limitarse solamente al dominio directo –natural– de las cosas o a la utilización de instrumentos, como en la autoría mediata. Creemos que el concepto debe ser receptivo también a otro tipo de aportes que, si bien no encuadran en el concepto estricto o tradicional de dominio del hecho –como las omisiones–, también direccionan el sí y el cómo del acontecer delictivo.

**b.4 Teoría de la supremacía del autor:** para distinguir coautoría de complicidad, esta teoría analiza las relaciones de supremacía o coordinación que se dan entre los intervinientes: si las relaciones son de equivalencia o de coordinación, habrá coautoría, en tanto si se caracterizan por la subordinación y la supremacía, habrá complicidad.

Desde esta perspectiva, habrá coautoría cuando, desde la visión de un observador externo –aspecto objetivo– como así también desde el propio parecer del interviniente –aspecto subjetivo–, los aportes al hecho resultan equivalentes. En cambio, la intervención será calificada de complicidad cuando esos mismos aportes se presenten –de la misma forma, externa e internamente– como limitados y subordinados (Roxin, 2016, p. 64).

Roxin define a esta postura como precursora directa de la teoría del dominio del hecho, destacando entre sus ventajas la de evitar los defectos de una concepción formal, generalizadora y por tanto unilateral, siendo los criterios de supremacía y subordinación suficientemente elásticos, brindando amplio margen para la decisión en el caso concreto. Sin embargo, se señala que si bien la coordinación y subordinación producen una orientación útil para la delimitación entre autoría y participación, la teoría no brinda criterios concretos formular esa delimitación. Considera además que, si bien resulta atinado que se consideren las circunstancias relevantes del caso concreto, no se puede abusar de tal amplitud, por lo que la teoría resulta excesivamente general (p. 65).

Ahora bien, si analizamos las relaciones entre jueces y fiscales y las fuerzas armadas, tendremos que no hubo ningún tipo de supremacía entre unos y otros, ni en la práctica ni legalmente. Desde la perspectiva de la legalidad cabe señalar que, más allá de que todos los magistrados que continuaron en el ejercicio de sus cargos luego del golpe de Estado juraron por el Acta y Estatutos del Proceso, ninguna disposición legal subordinaba a la Justicia al ámbito militar. En la práctica tampoco existió subordinación, sino más bien colaboración y coordinación entre las acciones, en lo que creemos fue parte del plan común ejecutado desde el Estado.

Podemos concluir provisoriamente que –desde la perspectiva de esta teoría– se descarta la subordinación de los magistrados ante las fuerzas armadas, por lo que en principio podría descartarse un encuadre legal bajo la complicidad. Por el contrario, creemos que si se profundiza en el análisis de estas relaciones, de destaca la colaboración coordinada entre estos ámbitos –en el marco de objetivos comunes– de cara a la ejecución del plan criminal represivo. Se ahondará en este punto más adelante.

### c. Teorías subjetivas

Para distinguir entre autores y cómplices, las teorías subjetivas se corren de parámetros objetivos y apelan al fuero interno del sujeto, a elementos de su psiquis, es decir a voluntad, intención, motivos y actitudes del interviniente. Pueden clasificarse en dos grandes grupos: las denominadas teorías del dolo, que distinguen en función de la clase de voluntad, y las teorías de los intereses, que apelan al interés propio o ajeno en que se cometió el hecho.

**c.1 Teorías del dolo:** tienen como elemento común que todas distinguen –aunque con fundamentos diversos– entre la voluntad de autor –*animus auctoris*– y la voluntad de partícipe –*animus socii*–. El mayor exponente de esta teoría ha sido tal vez el jurista alemán Maximilian von Buri (1862), quien marcaba las diferencias diciendo que “lo distinto del autor con respecto al partícipe solo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de partícipe [quien] quiere el resultado solo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no, debe pues dejarla a criterio del autor” (citado por Roxin, 2016, p. 66).

La teoría del dolo no sólo ha tenido gran recepción en la jurisprudencia alemana y argentina sino que su aplicación aún persiste. Hay quienes incluso entrelazan los

postulados de esta teoría subjetiva con la del dominio del hecho, señalando que la particularidad psíquica de quien quiere el hecho para sí es lo que lo caracteriza al autor, mientras que el partícipe subordina su dolo a la decisión del hecho ajena. Por su parte, Roxin (2016) defiende en cierta manera a la teoría del dolo –sostiene que “es absolutamente inmerecida la mala fama que siempre ha tenido”–, y expresa que ha conseguido abarcar distintos puntos de partida de las teorías objetivas y mejorar sus postulados, resumiendo en una “fórmula lacónica, cuando señala que el autor ‘no reconoce otra voluntad superior a la suya’, mientras que el partícipe ‘deja a criterio (del autor) si el hecho va a llegar o no a la consumación’”, todo lo que califica como un gran avance de esta teoría frente a las teorías objetivas (p. 67).

Sin embargo, otros autores le dirigen fuertes críticas. Pérez Alonso (1998) expresa que si hay algo oscuro en la historia de la dogmática de la autoría y participación es precisamente la fórmula del *animus*, que presenta resultados demasiado inseguros, además de arbitrarios (p. 284). Sin duda la crítica más certera que puede hacerse de esta teoría es que para distinguir autores y cómplices sólo se basa en elementos subjetivos, sin combinarlos con otros de carácter objetivos o externos, lo que dificulta llegar a soluciones más justas. La doctrina cita en forma reiterada la sentencia del caso de la bañera del Tribunal Supremo alemán para mostrar el fracaso de la postura: imputar como autora de homicidio a la madre que –luego de dar a luz– requiere a su hermana que ahogue en la bañera al recién nacido.

**c.2 Teoría del interés:** según su posición, la distinción entre autores y partícipes se da en función del interés de quien actúa en el resultado, en tanto se dice que solo el autor tendría un interés independiente en la producción del resultado, mientras que el partícipe carece del mismo. Roxin rescata de esta teoría que proporciona un indicio tangible de la “subordinación de la voluntad” requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse hacia puras fórmulas.

Sin embargo, lo limitado de la doctrina resulta clara: no se puede definir al autor sólo teniendo en cuenta su disposición al hecho, desprovistos además de cualquier parámetro objetivo. Se cita el caso del asesino a sueldo, que mata sólo *en interés* del sujeto que le paga, resultando éste último el autor y quien mata de propia mano, un mero cómplice. El resultado injusto salta a la vista, siendo aplicables las mismas críticas que las formuladas a la teoría del dolo.

Dice Zaffaroni (2005) que a pesar de que las teorías subjetivas surgieron como respuesta a las dificultades insalvables que provocaba el concepto extensivo de autor, también presentan este tipo de inconvenientes sistemáticos. En primer lugar, el no poder explicar cómo pueden ser autores quienes no reúnen los requisitos típicos para serlo, como el farmacéutico que no está embarazado respecto del delito de autoaborto. A ello se suma que la vaguedad en definir el *animus auctoris* conduce necesariamente a soluciones poco convincentes, en tanto se acude al interés que el agente tenga en el resultado (p. 605).

Un ejemplo de estas limitaciones lo constituye el conocido *caso Staschynskij*. Comenta Bolea que en el caso, el Tribunal Supremo alemán condenó como cómplice –y no como autor– a un agente soviético que asesinó con una pistola de veneno a dos dirigentes políticos refugiados en Múnich, de acuerdo a los mandatos de sus jefes del servicio secreto, argumentando que aquel actuaba en interés ajeno y no propio. Así, el tribunal sostuvo que el agente “no quería el hecho como propio, que no tenía ningún interés propio en él y que no tenía ninguna voluntad propia hacia el hecho, que él solo se había doblegado a disgusto a la voluntad ajena [...]” (Bolea, 2000, p. 340).

#### **d.** Teorías mixtas

Como es de suponer, la combinación de los postulados de las diversas teorías que se han detallado hasta aquí –cada una con una tendencia específica hacia lo subjetivo, objetivo, formal, material, etc.– puede hacerse casi en forma ilimitada, aportando las ventajas de cada una y dando paso a las denominadas teorías mixtas. Así, al combinar los puntos de vista mejor fundamentados de cada una de las tesis, todas las teorías mixtas presentan la gran ventaja de evitar los planteos exagerados, que conducen a resultados muchas veces equivocados.

Pero más allá del punto de vista de este autor, tal vez la teoría mixta (subjetiva-objetiva) que más trascendencia ha tenido en el derecho penal es la del dominio final del hecho, de Hans Welzel. Luego, Roxin partiría en gran medida de los postulados de Welzel –aunque también de Gallas– para formular su propia teoría del dominio del hecho. Así, el propio Roxin ha dicho que en perspectiva histórica, la teoría del dominio del hecho es “[...] un desarrollo de enfoques tanto subjetivos como objetivos, de modo que representa realmente una síntesis de las concepciones con anterioridad extremadamente divergentes y debe seguramente también a esta conciliación de los contrarios el haberse impuesto ampliamente” (Roxin, 2014, p. 76).

De acuerdo a la metodología propuesta, el desarrollo de ambas construcciones dogmáticas y el análisis respecto de su eventual aplicación a los casos de intervención de jueces y fiscales en delitos de lesa humanidad se aborda en los capítulos tercero y cuarto, a los que remitimos.





## CAPÍTULO SEGUNDO

### **LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A JUECES Y FISCALES POR MEDIO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

En este capítulo desarrollamos los fundamentos teóricos de dos posiciones que ha adoptado la jurisprudencia para la atribución de responsabilidad penal a jueces y fiscales por delitos de lesa humanidad: calificando los hechos bajo tipos penales de infracción de deber –por un lado– y por medio de la participación criminal –por el otro–. No desconocemos que ambas opciones teóricas representan caminos sistemáticos bastante diferentes: en el primero se atribuyen delitos contra la administración pública fundados en la infracción de los deberes funcionales impuestas a jueces y fiscales por las normas vigentes. Por el contrario, en el otro el análisis se centra en los delitos de dominio ejecutados por las fuerzas represivas –secuestros, torturas, homicidios, etc.– y de qué manera las omisiones de estos funcionarios se encuadran bajo formas de cooperación caracterizadas por la accesoriedad.

No obstante las diferencias sistémicas entre ambas posiciones, la mayoría de las sentencias y resoluciones de los tribunales federales en las causas en que se investiga este tipo de hechos –como también las posturas sostenidas por las partes acusadoras– han escogido una de estas dos vías para fundar la atribución de responsabilidad de los ex magistrados. Según la metodología adoptada, cada apartado comienza con una sucinta explicación sobre las bases teóricas de los delitos de infracción de deber y de la participación –respectivamente–, las diversas opiniones de la doctrina al respecto y los fundamentos dogmáticos que sustentarían cada postura, concluyendo con la respectiva toma de postura respecto de cada una.

## **1. Los crímenes de lesa humanidad cometidos por jueces y fiscales calificados como delitos de infracción de deber**

### **1.1 Introducción**

Una de las soluciones posibles para encuadrar dogmáticamente esas conductas sería considerar que las omisiones sistemáticas en promover las investigaciones y adoptar medidas de protección de las víctimas se tradujeron en infracciones a los deberes que estos funcionarios tenían como magistrados de la justicia federal. De hallarse fundamentos sólidos para sostener que sobre éstos pesaban tales deberes y que dolosamente los incumplieron, sus conductas podrían calificarse –de acuerdo a esta postura– bajo ciertos tipos penales de infracción de deber previstos en nuestro código penal<sup>21</sup>. De esa fundamentación decantará, asimismo, el grado de intervención en los delitos que la doctrina de los delitos de infracción de deber considera pertinente.

Desde que comenzaron las investigaciones por la intervención de funcionarios judiciales, muchos tribunales nacionales han adoptado este temperamento y han encuadrado las conductas omisivas de los ex magistrados en delitos como la omisión de investigar, el encubrimiento, el incumplimiento de deberes de funcionario público, entre los más relevantes. En una decisión judicial reciente, dictada por la justicia federal de Neuquén –mediante la que se procesó a ex magistrados y magistradas de esa provincia por este tipo de delitos–, se señaló que:

el criterio objetivo más satisfactorio para definir los contornos de la responsabilidad penal de los jueces es el de la contrariedad con el deber, partiendo de la base que la prevaricación judicial, como una especie del género “delitos de funcionarios”, consiste[n]te en un delito de infracción de deber, en el que se lesiona la confianza de los ciudadanos en el ejercicio de la función judicial, según los principios del Estado de Derecho<sup>22</sup>

En la sentencia dictada en el juicio a los jueces de Córdoba, el tribunal recogió parte del encuadre legal propuesto por los acusadores y condenó al ex juez y al ex fiscal

---

<sup>21</sup> Según se verá en el capítulo siguiente, los deberes funcionales que jueces y fiscales tenían durante la dictadura podrían traducirse –bajo otro análisis– en una obligación de actuar basada en su posición de garante, lo que conduciría a soluciones dogmáticas diferentes pero fundadas en esos mismos deberes.

<sup>22</sup> Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, causa n° FGR 19.263/2013, “*Duarte Pedro Laurentino y otros...*”, resolución del 5/4/2018, p. 216-217.

federal utilizando esta construcción dogmática. Sobre la calificación legal escogida, en los fundamentos de la sentencia se lee:

se trata en definitiva de la tipificación de una conducta omisiva que consiste en el incumplimiento, por parte de los funcionarios públicos, de los deberes inherentes a su cargo, que específicamente se traducen en la persecución y represión de los autores del delito, las que deben estar dentro de su competencia funcional<sup>23</sup>.

## 1.2 El origen de los delitos de infracción de deber: de las bases teóricas de Kaufmann a los desarrollos dogmáticos de Roxin

La expresión delitos de infracción de deber –en alemán, *Pflichtdelikten*– fue utilizada por primera vez por Claus Roxin en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), a quien se debe su creación y sus primeros desarrollos teóricos. Roxin los define como aquella categoría de tipos penales puestos por el legislador cuya característica radica que la conducta lesiva proviene de la violación de ciertas exigencias de un rol social determinado. Su origen se debió principalmente a la dificultad para explicar la intervención criminal en ciertas especies de delitos, en los que –según Roxin– la autoría no se fundamenta en el dominio del hecho, sino en la infracción de un deber impuesto por diversas circunstancias.

En su riguroso estudio sobre autoría y participación en los delitos de infracción de deber, Silvina Bacigalupo (2007) hace un recuento del estado de situación de las teorías de intervención delictiva vigentes al momento de su nacimiento, lo que –a su criterio– explica en buena parte ese origen. Así, a pesar de que el dominio del hecho no era un criterio nuevo, la teoría finalista fue la que reformuló los puntos de vista dogmáticos y le dio un nuevo giro, con su pretensión de fundamento ontológico. Sin embargo, la tesis presentaba serias dificultades para explicar la autoría en tres tipos de delitos: en los delitos imprudentes, en los delitos de omisión y en los delitos especiales propios.

De acuerdo a la postura de Roxin, en los delitos imprudentes el inconveniente se presentaba por cuanto, si el fundamento de la sanción penal era no haber dominado el hecho –por la decisión imprudente de actuar– y, desde una perspectiva subjetiva sin la voluntad requerida para ser autor, el fundamento no podía estar en el dominio del hecho. El soporte de ambas categorías difiere sustancialmente: lo característico de los tipos

---

<sup>23</sup> Tribunal Oral n° 2 de Córdoba, causa n° FCB 71014233/2008, “*Cornejo, Antonio Sebastián y otros...*”, sentencia del 7/11/2017, p. 994.

imprudentes –es decir, la característica objetiva de la autoría– es la infracción de un deber de cuidado exigido en el tráfico, mientras que en los delitos dolosos es la dirección de la causalidad al resultado, es decir, el dominio objetivo del hecho, por lo que –según esa posición– no era descabellado que, ante esquemas distintos, se pensara en fundamentos también distintos (Bacigalupo, 2007, p. 22-23).

En cuanto a los delitos de omisión, los trabajos de Armin Kaufmann –en particular su obra *La dogmática de los delitos de omisión* (1959)– fueron fundamentales para el desarrollo dogmático que luego hiciera Roxin. Kaufmann dejó en claro que el dominio del hecho no podía ser un criterio determinante en la autoría de este tipo de delitos por dos razones: porque el criterio de la causalidad no podía aplicarse a las omisiones y porque en la omisión –en la producción del resultado lesivo– no hay dirección de la acción. Según apunta Bacigalupo, la identificación del dolo con la finalidad implicaba la existencia de un elemento de dirección del suceso, que no estaba presente en las omisiones, lo que llevó a Kaufmann a considerar que:

[...] el concepto de dolo basado en la teoría de la voluntad (dolo=conocimiento y voluntad) no era apropiado para los delitos omisivos y que, por tanto, en los delitos de omisión sólo cabía hablar de un *quasi dolo* (*quasi Vorsatz*). Por tanto, si el elemento volitivo del dolo era esencial en la elaboración del concepto de dominio del hecho, era obvio que en los delitos de omisión el criterio de la autoría no podía ser el dominio del hecho sino la infracción del deber surgido de una posición de garante (Bacigalupo, 2007, p. 26-27).

Tomando como base esos desarrollos teóricos, el logro de Roxin fue agrupar estos delitos que no cuadraban con la teoría del dominio del hecho bajo el fundamento común de la infracción de deber, categoría en que la figura central del hecho debía ser el sujeto cualificado, cualquiera fuera su contribución, porque sin él no había delito posible. Esta nueva categoría significó una redefinición de la autoría, ya que aquí no será la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber específico. (Caro John, 2003, p. 3; en igual sentido, Bacigalupo, 2007, p. 30).

Sobre esos deberes extrapenales, señala Roxin (2016) que:

se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que por lo general se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido

del injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación (p. 345).

### 1.3 Los delitos de infracción de deber según Jakobs y sus diferencias con la doctrina de Roxin

De acuerdo a los desarrollos de Roxin, el fundamento de los delitos de infracción de deber no se basa en los deberes generales de no dañar –presentes en la mayoría de los delitos, a los que engloba bajo la categoría de delitos de dominio– sino en conductas contrarias a los deberes que ciertos sujetos tienen según normas o situaciones jurídicas determinadas. Sin embargo, según él mismo pone de resalto, los fundamentos que señala no están dirigidos a explicar su naturaleza jurídica sino más bien a diferenciarlos de los delitos de dominio para establecer las estructuras de autoría y participación que corresponden a cada uno.

Jakobs, en cambio –al igual que varios de sus discípulos<sup>24</sup>– ha realizado durante las últimas dos décadas un profundo estudio sobre los delitos de infracción de deber, yendo más allá de la mera sistemática de cara a la intervención delictiva y postulando –desde una visión normativa– un verdadero sistema de la teoría del delito. Según su posición, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer múltiples deberes que van dando forma a una competencia personal, siendo la infracción de estos deberes por medio de una incorrecta administración del ámbito de competencia personal lo que fundamenta su responsabilidad jurídico-penal (Caro John, 2003, p. 4).

Dos son los subsistemas dogmáticos en la teoría jakobsiana: los delitos de responsabilidad de la propia organización –como sinalagma o contrapartida de la libertad de organización, consecuencia del principio *neminem laedere*–, cuya consecuencia son los deberes negativos de no dañar a otro, y los delitos de responsabilidad por incumplimiento de los deberes especiales –aquellos que derivan de las instituciones de la sociedad–, definiendo institución como “una forma de relación duradera y jurídicamente reconocida, que no es disponible para las personas que la componen y que, por el contrario es constitutiva de ellas” (Bacigalupo, 2007, p. 81).

En esta última categoría, los delitos de infracción de deber se basan en el incumplimiento de deberes institucionales, que se caracterizan como deberes positivos y

---

<sup>24</sup> M. Pawlik, J. Sánchez Vera o P. Mussig, entre otros.

surgen de diversas relaciones: con el Estado, de los padres respecto de sus hijos, del matrimonio o del principio de confianza. Por eso, la relación del sujeto con el bien jurídico es siempre inmediata, es decir: surge de la institución sin que sea necesaria organización alguna, o sea: no se requiere que el sujeto activo haya puesto en marcha una actividad que produzca la lesión jurídica por invasión del ámbito propio de otro. Delitos de infracción de deber serán entonces todos aquellos en los que el autor tenga un deber de garante institucional (Bacigalupo, 2007, p. 81).

Estos deberes institucionales tienen que ver con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial: padre, madre, juez, fiscal, policía, funcionario penitenciario, que deben comportarse de una determinada manera en el ámbito de sus competencias funcionales. Así, se espera de un policía que adopte comportamientos para prevenir el delito; de un juez, que dicte resoluciones ajustadas al derecho vigente y a los hechos que le presenten las partes, de los padres se espera que tomen los recaudos de protección que resulten necesarios para el bienestar de sus hijos, etc. Como señala Caro John (2003), esos deberes especiales son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento, por lo que en la visión de Jakobs, la cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico (p. 5).

#### **1.4 Formas de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber**

Previo a establecer las formas de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber, cabe distinguir las dos categorías en que Roxin –para fundar las formas de autoría– sistematiza los delitos. En primer lugar habla de delitos de dominio, en los que el baremo fundamental para distinguir al autor del resto de los intervinientes es el dominio del hecho. A su vez, dentro de esta misma categoría, distingue el dominio de la acción y el dominio de la voluntad. En el primero –esto es, los casos de autoría inmediata– el sujeto ejecuta por sí mismo todos los requisitos del tipo penal y por ello es calificado de autor. En cambio, en los casos de dominio de la voluntad, el autor se sirve de otro sujeto a quien utiliza como medio o instrumento para dominar el acontecimiento delictivo. El autor puede dominar al instrumento mediante coacción, error o en virtud de la utilización de un aparato organizado de poder, todo lo que se engloba en el concepto de autoría mediata. Por último, en la coautoría, Roxin habla de codominio funcional, en tanto cada coautor

adopta –durante la ejecución del hecho– un rol esencial que lo hace co-dominar el devenir delictivo.

Mientras en los delitos de dominio, autor será quien domine el acontecer delictivo –decide el si y el como del curso causal– en los delitos de infracción de deber la autoría se fundamenta en la infracción de un deber extrapenal, por lo que Roxin excluye expresamente la aplicación del dominio del hecho. Señala que no es la condición de funcionario ni tampoco una cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor, sino el deber específico –que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica– de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Esos deberes no deben buscarse en la norma penal que desencadena la sanción prevista en el tipo penal –ya que es un deber general de no dañar, que existe en todo delito– sino en la infracción de un deber extrapenal, cuya realización es necesaria para la realización del tipo.

Sobre la posibilidad de coautoría en los delitos de infracción de deber, Roxin señala que hay que descartar completamente la idea de dominio del hecho y discernir si el infractor ocupó o no la posición de deber extrapenal descrita en el tipo penal. Habrá coautoría entonces cuando varias personas se encuentren sujetas a un mismo y único deber y el resultado lesivo se derive de sus conductas, dejando en claro además que siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez –por ejemplo, quienes compartan tareas de vigilancias a los internos en un establecimiento penitenciario– (Roxin, 2016, p. 346-348).

Sobre la participación, Roxin estima que es posible tanto en hechos principales dolosos como en no dolosos, criterio según el que –como lo que fundamenta la autoría es la infracción a un deber extrapenal–, dado el carácter accesorio de la participación, no requiere más que una intervención sin infracción de deber especial (Roxin, 2016, p. 359). Ello determinará entonces que sólo quien posea ese deber –*intraneus*– podrá ser calificado de autor, mientras que quien no lo tenga pero preste alguna colaboración al hecho –*extraneus*– será un mero partícipe.

### 1.5 Fundamentos jurídicos de la postura que califica los crímenes de jueces y fiscales como infracciones de deber

Para analizar los fundamentos jurídicos de esta postura que califica las intervenciones de ex magistrados como delitos de infracción de deber, primero habrá que establecer concretamente los alcances de sus obligaciones funcionales –los deberes extrapenales que pesan sobre ellos– para luego determinar los tipos penales que –en virtud de la violación a tales deberes– podrían englobar sus conductas.

Según la posición de Roxin, los deberes especiales del autor que denomina extrapenales están antepuestos en el plano lógico a la norma y por lo general se originan en otras ramas jurídicas, poniendo como ejemplos los deberes de los funcionarios públicos, los de ciertas profesiones, las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos, etc. En todos estos casos, el obligado destaca entre el resto de los intervinientes por esa relación especial con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador lo considera figura central del acontecer delictivo –autor– precisamente por esa obligación (Roxin, 2016, p. 345).

- a. Los deberes funcionales de jueces y fiscales con competencia penal en el ámbito federal y nacional entre 1975 y 1983

Quedó dicho que los deberes extrapenales que fundamentan los delitos de infracción de deber no resultan de las obligaciones genéricas de no dañar a otros o –en definitiva– de ser sujetos respetuosos del derecho, sino de obligaciones particulares que emanan de normas fuera de las normas penales. En los casos analizados, los deberes funcionales de quienes entre 1975 y 1983 ocuparon la magistratura con competencia penal en los ámbitos nacional y federal estaban determinados por tres tipos de normas: la Constitución Nacional, los tratados y pactos internacionales y las normas procesales que regulaban el fuero penal federal.

En primer término, a pesar de que el gobierno dictatorial dictó su estatuto –que contenía algunas regulaciones para el ejercicio del poder– declaró vigente la Constitución Nacional de 1853-60, en tanto no se opusiera a los términos de esa norma de facto. Como destaca Nino (2005), a pesar de que la voluntad de los funcionarios –también de los funcionarios judiciales, agregamos nosotros– para adecuarse a ese sistema normativo donde la Constitución seguía rigiendo era muy débil, su vigencia y adhesión formal por el régimen tuvo una gran importancia, lo que se manifestó –por ejemplo– en algunos fallos de la Corte Suprema de la Nación, de algunas provincias y de otros tribunales inferiores que hicieron lugar a planteos de *habeas corpus* de personas secuestradas, como



fue la orden de libertad en beneficio del periodista Jacobo Timmerman librada por la Corte Suprema en 1978 y cumplida luego por el régimen.<sup>25</sup>

En segundo lugar, las normas previstas en los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos que Argentina había firmado y ratificado hacia 1975 también se encontraban plenamente vigentes y –por imperio del entonces artículo 31 de la constitución– eran “ley suprema de la Nación”. Entre esos pactos internacionales se puede señalar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –DADDH– (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH– (1948), la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1956) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1968).

Tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos, los deberes básicos del Estado se desprendían claramente de los instrumentos de protección de derechos humanos dictados en el seno de cada sistema. Por medio de la Declaración Americana, el Estado argentino – y el poder judicial, como uno de sus poderes– estaba obligado a asegurar a todas las personas sin distinción alguna los derechos de acceso a la justicia<sup>26</sup>, de peticionar ante las autoridades competentes<sup>27</sup> y a la protección contra la detención arbitraria, incluyendo la obligación del juez –o funcionario equivalente– a revisar la legalidad de la detención y, en su caso, ordenar la inmediata libertad del detenido o detenida<sup>28</sup>. En cierta medida, también las normas de *soft law* del derecho internacional vinculaban la actuación de los funcionarios judiciales con obligaciones de carácter internacional adoptadas por el Estado y que debían ser cumplidas por sus agentes.

---

<sup>25</sup> CSJN. Caso “*Timmerman, Jacobo s/recurso de hábeas corpus*”, sentencia del 14/03/1978, fallos 300:818.

<sup>26</sup> DADDH, artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

<sup>27</sup> DADDH, artículo XXIV. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

<sup>28</sup> DADDH, artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes [...] Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

En tercer lugar, la norma procesal vigente en aquel momento en la justicia federal era el Código de Procedimientos en Materia Penal –CPMP– según ley 2372, que preveía en forma precisa los deberes de los magistrados durante el período mencionado.<sup>29</sup> Así:

1) *Deberes de los jueces federales*: la jurisdicción de los jueces federales de primera instancia en lo penal –jueces de instrucción– estaba prevista en el título II del libro primero del CPMP, que les otorgaba el conocimiento de todos los delitos de competencia federal en el territorio de las provincias. De acuerdo al modelo inquisitivo del antiguo código, la obligación de investigar estaba en cabeza de los jueces de instrucción, en tanto el CPMP indicaba que cuando éstos hubieran recibido una denuncia por hechos de su competencia estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para la averiguación del hecho y la identificación de los responsables.<sup>30</sup> Además, se les asignaba la instrucción del sumario y el examen sin demora de la denuncia y demás actuaciones remitidas por autoridad competente, debiendo adoptar “[...] todas las diligencias que sean necesarias para llegar a la investigación del hecho punible y de las personas responsables de su ejecución [...]”.<sup>31</sup>

Asimismo, los jueces y juezas de las Cámaras Federales de Apelaciones –de las provincias y de la Capital Federal– tenían funciones muy importantes. Por un lado, –según el art. 33 del CPMP– conocían en los recursos contra las sentencias definitivas o autos equiparables de los jueces inferiores. Asimismo, intervenían en los recursos de queja por retardo o denegación de acceso a la justicia y los recursos contra las decisiones adoptadas en las acciones de amparo y *habeas corpus*.

2) *Deberes de los fiscales federales*: antes de que la reforma constitucional de 1994 le diera autarquía al Ministerio Público Fiscal de la Nación, éste formaba parte del Poder Judicial de la Nación, aunque su desempeño era con relativa independencia de aquel. Las funciones de los fiscales –denominados por la norma procesal como Procuradores Fiscales– se establecían en el título V –Del Ministerio Fiscal–, que les imponía la obligación de promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos

---

<sup>29</sup> Dicho código procesal –sancionado mediante la ley 2372– rigió hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en 1992.

<sup>30</sup> Artículo 169 del CPMP.

<sup>31</sup> Artículos 195-196 del CPMP.

federales, solicitar al juez o a cualquier autoridad competente la adopción de las medidas necesarias a tales fines y, en general, velar por el fiel cumplimiento de las leyes.

3) *Deberes en materia de tramitación de habeas corpus*: este instrumento jurídico se encontraba previsto en el libro IV, sección II –De los juicios especiales–, título IV “Del modo de proceder en los casos de detención, arresto o prisión ilegal de personas” del CPMP. Sus normas establecían las obligaciones de los magistrados en el procedimiento específico de tramitación del habeas corpus, que procedía en los casos de limitación o amenaza de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente o agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de libertad. Esta reglamentación atribuía una posición de garante tanto al juez como al fiscal, en la protección de los derechos humanos básicos de la vida, la libertad y la integridad física y psíquica.

4) *Deberes específicos respecto de personas privadas de libertad*: el título VI de la sección II del CPMP establecía deberes específicos de las autoridades judiciales respecto de las personas alojadas en centros de detención –prisiones, alcaldías o equivalentes–. Imponían las obligaciones de vigilancia en relación con: las condiciones sanitarias y edilicias de los centros de detención; la salud, alimentación y demás cuidados de las personas detenidas; los apremios ilegales, mortificaciones, tormentos o equivalentes impuestos a los detenidos por las autoridades penitenciarias y, en particular, la obligación de someter “inmediatamente a juicio para su debida represión al empleado público que imponga a los presos que guarde, severidades, vejámenes o apremios arbitrarios [...]”.<sup>32</sup> Además, el código facultaba a los magistrados a realizar visitas a los lugares de detención para controlar el estado de los reclusos y escuchar sus reclamos, imponiendo específicamente el deber tramitar las peticiones que correspondieran.

5) *Deber general de denunciar delitos*: se preveía un deber general de toda autoridad o empleado público de denunciar delitos de acción pública que fueran conocidos en ejercicio de sus funciones, conminando su incumplimiento “con las responsabilidades establecidas en el Código Penal”.<sup>33</sup> Más allá de que jueces y fiscales se encontraban vinculados por deberes particulares propios de sus funciones, este deber general dirigido a todo funcionario público –vinculado al poder judicial– previsto en la

---

<sup>32</sup> Artículo 683, inciso 8º del CPPM.

<sup>33</sup> Artículo 164 del CPMP.

norma procesal refuerza aquellas obligaciones específicas que tenían como magistrados de la Nación.

**b. Los tipos penales de infracción de deber aplicables**

Establecido el alcance de los deberes extrapenales que tenían estos funcionarios judiciales durante y previo a la dictadura y su vinculación jurídico-penal, resta analizar cuáles eran los delitos de infracción de deber que estaban previstos en el código penal en aquel momento y su procedencia.

1) *Encubrimiento por infracción del deber de denunciar delitos*

Esta variante del delito de encubrimiento estaba prevista en el artículo 277 inciso 6 del CP vigente en aquel momento, en los siguientes términos:

Artículo 277. Será reprimido con prisión de quince días a dos años el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes: [...] 6° Dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo.

Dice Buompadre (2011) que el delito protege la administración pública, en particular la administración de justicia, en tanto “su funcionamiento se ve perturbado como consecuencia de los obstáculos puestos por el delincuente a las acciones judiciales tendientes a la averiguación del delito y sus responsables” (p. 142). El encubrimiento presupone la existencia de un hecho principal y que el autor no haya intervenido durante la ejecución del mismo –ni tampoco luego, en virtud de promesa anterior (art. 46 del CP)– en tanto ello implicaría el desplazamiento de esta figura por la coautoría o la participación en el delito previo. Por dicha razón, la conducta del encubridor será siempre posterior a la de los autores del hecho principal.

Cabe destacar que esta calificación fue adoptada en la sentencia del juicio de los jueces de Córdoba y propiciada –sin éxito– por la minoría en la causa de los jueces de Mendoza.<sup>34</sup> En el caso de Córdoba, el tribunal sostuvo que la obligación de denunciar en cabeza del entonces juez y fiscal estaba impuesta por no resultar competentes para investigar la eventual responsabilidad de penal de miembros de las fuerzas armadas y de

---

<sup>34</sup> TOF n° 1 de Mendoza, causa n° 076-M, “*Menéndez Sánchez, Luciano B. y otros...*”, sentencia del 26/7/2017, voto en disidencia del juez González Macías, p. 2697 y ss.

seguridad, en tanto el decreto-ley 21267 –emitida por la dictadura el mismo 24 de marzo de 1976– establecía la jurisdicción militar en tales casos.<sup>35</sup>

Ahora bien, en el marco de los casos analizados en este trabajo, sostener que jueces y fiscales fueron autores del delito de encubrimiento significa sacar su intervención delictiva de la preparación o ejecución de los hechos principales –secuestros, torturas, violaciones, homicidios, etc.– y limitarla a una etapa posterior y distinta, en que su responsabilidad se limitaría a proteger a los responsables y a entorpecer las investigaciones. Sin embargo, esta posición fracasa por varias razones, que intentaremos resumir seguidamente.

En primer lugar –y principalmente– esta calificación se da de bruces con la forma concreta en que la mayoría de los hechos tuvieron lugar. Cuando los magistrados rechazaban dolosamente los habeas corpus, las víctimas todavía permanecían secuestradas en los CCDyT; cuando ellas mismas denunciaban las torturas mientras continuaban secuestradas, las omisiones de estos funcionarios permitían que nuevos episodios de tormentos continuaran. Resulta evidente que –en la generalidad de los casos– los aportes de estos funcionarios se produjeron mientras los crímenes estaban siendo cometidos, quedando excluída entonces la calificación de encubrimiento.

En segundo lugar, si la obligación principal que configura este delito de infracción de deber es la obligación funcional del sujeto activo de denunciar a la autoridad competente la comisión de un crimen, resulta contra la lógica y el sentido común que – en los casos que hemos analizados– la propia autoridad judicial encargada primariamente de esa investigación –como eran los jueces y fiscales federales– sea a su vez quien esté obligado a denunciar los crímenes. Ello podría ocurrir, por ejemplo, para un juez que recibe una denuncia por hechos respecto de los que no tendría competencia –por ejemplo, un juez civil recibiendo una denuncia penal o por hechos ocurridos fuera del ámbito territorial de su jurisdicción– y no la remitiera a quien resulte competente. Sin embargo, se debe descartar de plano que jueces y fiscales con plena competencia material y territorial para ejercer la persecución penal y adoptar medidas de protección tuvieran este deber.

---

<sup>35</sup> Tribunal Oral n° 2 de Córdoba, causa n° FCB 71014233/2008, “*Cornejo, Antonio Sebastián y otros...*”, sentencia del 7/11/2017, p. 330 y ss.

En tercer lugar –adelantando un argumento central para descartar la tipificación de infracción de deber– el bien jurídico protegido por el encubrimiento no resulta suficiente para aprehender el contenido total de injusto de la conducta de los magistrados, quienes según se señaló tenían un deber de protección de derechos –posición de garante– que resulta cualitativa y cuantitativamente superior a un simple deber de denuncia. Asimismo, de adoptar este tipo penal –en términos jakobsianos– no se protegería de ninguna manera la vigencia de las normas primarias en cuestión, es decir, los mandatos de no secuestrar, no torturar, no matar, etc. Desarrollamos estas ideas con mayor profundidad al final de este apartado.

## 2) *Prevaricato*

Otra posibilidad sería aplicar el delito de prevaricato, previsto en el artículo 269 del CP, que sanciona con multa e inhabilitación absoluta y perpetua al juez “[...] que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas”.<sup>36</sup> La figura se perfecciona con el conocimiento por parte del juez que está dictando resoluciones contrarias a la ley que ha sido invocada por las partes o por él mismo –prevaricato de derecho–, o fundada en hechos o resoluciones falsas –prevaricato de hecho–. Sobre las conducta típica, el juez deberá emitir un pronunciamiento jurisdiccional –que decida o disponga algo en relación con el objeto procesal en cuestión– en un proceso judicial en curso y respecto del que resulte competente (Buompadre, 2011, p. 906-907).

Esta figura penal podría ser aplicada en ciertos casos ventilados en las causas judiciales reseñadas, por ejemplo cuando las denuncias que llegaban a conocimiento de los jueces daban cuenta más o menos detallada de que los responsables de los secuestros, torturas y desapariciones forzadas eran miembros de las fuerzas armadas o de seguridad –ya sea por la vestimenta, por la utilización de vehículos característicos, por manifestaciones de los mismos victimarios, etc.– y los magistrados no adoptaban ningún tipo de medidas para ahondar en esa línea de investigación.

Otro caso de prevaricato de hecho se daba cuando dictaban resoluciones rechazando los *habeas corpus*, aduciendo que las detenciones eran legales por cuanto

---

<sup>36</sup> El artículo 269 del CP vigente entre 1975-1983 mantenía la misma conducta típica pero preveía una pena de prisión de uno a cuatro años, por lo que entendemos que –por resultar más benigno– correspondería aplicar el tipo penal actual.

habían sido dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de las facultades que le otorgaba el estado de sitio, no obstante lo que no obraban en el expediente los decretos respectivos –sin perjuicio de que los mismos emanaban de la misma autoridad dictatorial, razón por la que según creemos resultaban ilegales–. Sobre los casos de prevaricato de Derecho –dado que la CN, los tratados y el código procesal se encontraban vigentes– si las normas eran invocadas expresamente por las partes al hacer sus peticiones o por los mismos jueces y considerando que las investigaciones terminaban usualmente archivadas, también resultaría aplicable esta figura,

Si bien hemos referido solo a los jueces, ello no significa que los fiscales estuvieran exentos de responsabilidad, ya que el artículo 272 del CP extendía la aplicación del prevaricato a estos funcionarios. Sin embargo, como hemos explicado *supra*, la intervención de los fiscales sólo podrá ser calificada de participación, en tanto según la doctrina dominante la intervención del *extraneus* en el hecho del *intraneus* –sujeto principal vinculado por el deber específico– resulta posible de ser calificada sólo como cooperación.

No obstante los fundamentos jurídicos para esta tipificación resultarían válidos, no estamos de acuerdo con calificar las intervenciones de jueces y fiscales bajo este esquema jurídico. Una vez más nos remitimos a las consideraciones realizadas sobre el bien jurídico protegido en este tipo de delitos –la administración de justicia– y reiteramos que, según nuestra visión del asunto, los magistrados que se involucraron en el accionar delictivo implementado por la dictadura fueron más allá de un simple incumplimiento funcional, abusando del poder investido por el Estado democrático –y luego usurpado por el régimen del que formaron parte– para blindar de impunidad a los autores –directos e indirectos– en la ejecución de los crímenes.

La sistematicidad cuantitativa y cualitativa de las aquí denominadas infracciones, que se han ventilado en algunos procesos –cientos de hechos imputados a un puñado de magistrados– demuestra que no se trató de conductas que afectaron la buena administración judicial sino que, según creemos, estuvieron dirigidos a cooperar directamente con los victimarios en sus crímenes.

### 3) *Abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público*

El artículo 248 del CP vigente sancionaba con pena de prisión al “[...] funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes

nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Se trata de un tipo penal indefinido en tanto –si bien las conductas típicas que prevé están determinadas– logra atrapar un sinnúmero de otras conductas que se desprenden de la combinación de cada tipo de normativa prevista respecto de los verbos típicos que enumera. Además, tiene carácter subsidiario, en tanto un gran número de otras acciones típicas prevén como medio comisivo el abuso de autoridad y el incumplimiento funcional, quedando esta figura siempre desplazada por otras de mayor gravedad, restando únicamente una aplicación meramente remanente (Buompadre, 2011, p. 366).

Como señala Righi (2002) en un trabajo sobre la procedencia del abuso de autoridad en una sentencia que tuvo una gran repercusión, consideramos que es tan residual su aplicación que –aún aceptada la posibilidad de calificar las omisiones de jueces y fiscales como infracciones de deber– el abuso de autoridad siempre estará presente como un medio particular de comisión de otro tipo penal y por tanto –en ese aspecto– no resultará procedente su aplicación. En relación con el incumplimiento de los deberes de funcionario público –art. 248 *in fine*–, es claro que si ese es precisamente el núcleo de los delitos de infracción de deber, resulta contradictorio decir que, con fundamento en la violación de sus deberes funcionales como altos funcionarios de la justicia de la Nación –los deberes extrapenales previstos en las normas reseñadas–, su delito haya sido precisamente tal incumplimiento.

Por último, advertimos que una gran parte de las sentencias y resoluciones dictadas en las causas en que se juzga la intervención de jueces y fiscales en crímenes de lesa humanidad han acogido esta calificación. Entre ellas se destacan la sentencia del TOF n° 2 de Córdoba en la *causa Cornejo*, por medio de la que se condenó al ex juez y fiscal federal de esa jurisdicción<sup>37</sup> y la resolución de la justicia federal de Neuquén en la *causa Duarte*, en la que el juez procesó a diversos magistrados y magistradas de esa provincia.<sup>38</sup>

#### 4) *Omisión de promover la persecución y represión penal*

---

<sup>37</sup> TOF n° 2 de Córdoba, causa n° FCB 71014233/2008, “*Cornejo, Antonio Sebastián y otros...*”, sentencia del 7/11/2017.

<sup>38</sup> Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, causa n° FGR 19.263/2013, “*Duarte Pedro Laurentino y otros...*”, resolución del 5/4/2018.



El artículo 274 del CP expresa que “[e]l funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años [...]”.

Se trata también de una figura penal que prevé una infracción a los deberes de los funcionarios públicos de perseguir y reprimir a las personas en conflicto con la ley penal, en este caso por medio de una omisión. Jueces y fiscales del fuero penal federal, como funcionarios públicos con deberes específicos de impulso de la acción penal e investigación –según fue reseñado–, pueden ser sujetos activos de este delito. Dice Buompadre (2011) que la acción típica presupone la existencia de un delito ya cometido, ya que solo se puede dejar de promover un curso de acción respecto de una infracción ya perpetrada, poniendo de relieve que la figura abarca todo incumplimiento de deberes procesales que pueda influir sobre el resultado de un proceso (p. 965-966).

A esta calificación también se ha apelado en numerosos procesos judiciales en curso, entre ellos las causas *Yanello* y *Caballero Vidal* de la justicia federal de San Juan. La primera, involucra al ex fiscal federal de esa provincia por crímenes de lesa humanidad, quien fue imputado en un primer momento por sus omisiones funcionales calificadas en el incumplimiento de su deber de promover la persecución penal.<sup>39</sup> Sin embargo, esa calificación fue luego modificada y actualmente pesa sobre el nombrado – a la espera del juicio oral– una acusación de participación primaria en numerosos hechos de secuestros, homicidios, torturas, etc. En la *causa Caballero Vidal*, el juez instructor atribuyó al imputado –entre otros delitos– la infracción al artículo 274 del CP, por haber omitido cumplir con sus deberes como juez en lo criminal del Poder Judicial de San Juan durante la dictadura,<sup>40</sup> lo que posteriormente –respecto esa imputación– fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones.<sup>41</sup>

No obstante esa jurisprudencia, creemos que la aplicación de este tipo penal tampoco se ajusta a los niveles de injusto de los funcionarios judiciales en los casos analizados, de acuerdo a los argumentos expuestos y a lo que remitimos.

---

<sup>39</sup> Juzgado Federal n° 2 de San Juan, causa n° FMZ 353/2013, “*Yanello, Juan Carlos...*”, resolución del 16/7/2013.

<sup>40</sup> Juzgado Federal n° 2 de San Juan causa n° FMZ 26155/2017, “*Caballero Vidal, Juan Carlos...*” resolución del 26/03/2018.

<sup>41</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, causa n° FMZ 26155/2017/CA003, resolución del 19/9/2018.

### 5) *Retención indebida en detención o prisión*

El artículo 143 inciso 6° del CP reprime con pena de prisión e inhabilitación especial al “[...] funcionario competente que, teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver”.

La doctrina considera que esta figura de omisión impropia describe hechos que constituyen un tipo de privación ilegal de la libertad, pero que presenta la característica particular de que el sujeto activo será un funcionario público, por lo que consideramos se traduce en un tipo de infracción de deber. Los bienes jurídicos afectados serán, además de la libertad personal, la administración pública y su correcto funcionamiento, traducido en la exigencia de sus integrantes de adoptar comportamientos ajustados a Derecho, de acuerdo a sus deberes funcionales (Delgado, 2008, p. 301-303).

Sin embargo, la doctrina considera que aquí el autor deberá estar ajeno al delito preexistente –es decir, la privación ilegal de la libertad–, es decir que para su configuración no deberá existir ningún tipo de promesa expresa o tácita, anterior o coetáneo al hecho, quedando entonces excluída cualquier tipo de intervención con el aquel delito más grave, incluido el hecho de mantener al detenido ilegal en ese estado (Delgado, 2008, p. 337).

Lo apuntado significa aceptar que, si la omisión del funcionario competente se tradujera en alguna clase de aporte al hecho principal de la detención ilegal, la aplicación de esta figura de infracción de deber cede y esa intervención quedará sujeta a las reglas generales de la autoría y la participación en el hecho principal, como podrían ser, por ejemplo, los delitos de privación abusiva de la libertad –artículo 144 bis del CP– o de secuestro extorsivo –artículo 142 bis–. Esto último tiene un gran valor interpretativo en el análisis que nos hemos propuesto, en tanto –como hemos sostenido para el resto de los tipos de infracción de deber desarrollados– creemos que su aplicación no corresponde ya que existen buenos argumentos jurídicos para decir que las omisiones funcionales de los magistrados significaron una cooperación en la ejecución de los crímenes del terrorismo de Estado, como será explicado en lo que sigue.

## 1.6 Toma de postura: los delitos de infracción de deber como categoría insuficiente para aprehender los aportes de jueces y fiscales en los crímenes de lesa humanidad

Hemos indicado precedentemente que, según la posición que se esboza en este trabajo, no resulta convincente calificar las intervenciones criminales de jueces y fiscales echando mano a las figuras penales que receptan infracciones de deber. Sin perjuicio de que algunas razones ya fueron presentadas en el punto anterior al analizar cada tipo penal, se enumeran aquí las principales razones que nos llevan a mantener dicha tesitura.

### a. *La naturaleza jurídico-penal de los delitos de infracción de deber impide la aprehensión del injusto de los fenómenos macrocriminales*

Dijimos que los delitos de infracción de deber se originaron más como una forma para explicar la autoría que como una construcción dogmática enfocada desde el ámbito de la tipicidad. El propio Roxin señaló que esta categoría no busca brindar el fundamento de la punibilidad sino que meramente proporcionar un criterio determinante para la autoría en determinados casos en que el dominio del hecho no encajaba, criterio que el jurista ubica en la infracción de un deber extrapenal –es decir, quien tenga dicho deber será autor y quien preste algún tipo de colaboración en el hecho sin dominarlo, será partícipe– (Roxin, 2016, p. 344).

Parte de la doctrina la ha criticado al decir que en cierta medida todas las normas imponen deberes y muchos de los delitos previstos en el código penal también consisten en infracciones a deberes que no se encuentran regulados en dicho ordenamiento, razones que descartarían su utilidad (Bacigalupo, 1999, p. 497). Por su parte, Jakobs ha ampliado la calificación de los delitos de infracción de deber más allá de las características del tipo, abracando todos los casos en que el autor lesione un deber institucional, a pesar de que tal infracción no esté prevista en la parte especial bajo esa categoría, tesis que también ha sido tildada de poco clara y en vías de desarrollo (Bacigalupo, 2007, p. 87).

Más allá de las diferencias conceptuales de cada postura, no descartamos la utilidad de los delitos de infracción de deber como construcción dogmática útil para explicar hechos enmarcados en la denominada criminalidad común. Sin embargo, lejos está de lograr una aprehensión cabal de los fenómenos macrocriminales como los delitos de lesa humanidad, al menos en la versión que presenta la doctrina de Roxin, que resulta

dominante en nuestro país. En general, las investigaciones judiciales de los últimos años han demostrado que los aportes de los funcionarios judiciales, en particular de jueces y fiscales por ser quienes más deberes –y poder– tenían, no se limitaron a casos aislados sino que fueron sostenidos en el tiempo –en especial durante los años más violentos de la dictadura–, por lo que esos aportes pueden calificarse de sistemáticos y generalizados.

Al analizar el caso del juez infractor, Caro John señala acertadamente que el fundamento del injusto está en la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad, expectativa elemental de un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la correcta aplicación de la ley por todos los jueces. Luego deja aclarado que en esta clase de delitos, la responsabilidad penal del obligado especial no se fundamenta “en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta” (Caro John, 2003, p. 3-5).

Siguiendo este razonamiento, creemos que en realidad las omisiones funcionales de los magistrados se erigieron –más que como simples infracciones a sus deberes– como formas de dominio sobre los hechos, direccionando las lesiones típicas de los bienes jurídicos que, por el contrario, debían proteger en razón de los mandatos constitucionales, convencionales y legales que tenían como representantes de la justicia. En los términos expresados por Jakobs, jueces y fiscales tenían un deber de garantía institucional y debían adoptar todos los comportamientos esperables según esa función, produciéndose en consecuencia una relación de daño entre esas omisiones a sus deberes y los resultados lesivos. Según la visión que aquí proponemos, ese daño va mucho más allá de una simple afectación de la buena administración de justicia, ya que repercute directamente sobre otros bienes jurídicos protegidos por el Estado y por el Derecho penal.

En definitiva, la propia naturaleza, la esencia misma de los delitos de infracción de deber –más allá de su utilidad para fundar la responsabilidad en otro tipo de casos– impide aquí la aprehensión total del fenómeno criminal del terrorismo de Estado y los aportes de un Poder Judicial que no sólo lo posibilitó sino también que colaboró activamente en un objetivo común.

- b.** *Los bienes jurídicos protegidos por los delitos de infracción de deber no se condicen con los resultados lesivos de los crímenes ejecutados durante el terrorismo estatal*

Mucho se ha escrito sobre los fines del derecho penal y más aún sobre los fines de la pena. Sin pretensiones de exhaustividad, diremos que a partir de Binding, la teoría de los bienes jurídicos afirma que los tipos penales sancionados por el legislador tienden a la protección jurídica de ciertos intereses en una sociedad determinada –vida, libertad, integridad personal, propiedad, etc.–, por lo que la pena sería la amenaza del Estado para su eventual afectación.

Frente a esa postura, desde mediados del siglo pasado Welzel ya señalaba que el derecho penal tiene una función ético-social, ya que –según su postura– su misión es la de amparar los valores elementales de la vida de la comunidad. A través de las sanciones previstas en las normas penales, el derecho penal asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales respecto de determinados bienes jurídicos, amenazando o aplicando una pena para quienes se aparten de modo ostensible de esos valores fundamentales (Welzel, 1956, p. 2).

Sin embargo, en la mayoría de los casos el derecho penal no alcanzará a cumplir esa tarea preventiva y esos valores se verán afectados, por lo que:

el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social, proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho [...] Asegurar el respeto por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores de acto), es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales (Welzel, 1956, p. 2-3)

Jescheck/Weigend (2002) coinciden con Welzel y –citando también a Roxin– destacan que aquellos bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad deben ser protegidos a través de la coacción estatal de la pena pública. Ante su incumplimiento, el disvalor del resultado del hecho punible reside en la lesión o concreta puesta en peligro del objeto de una acción o de un ataque, que pretende ser asegurado por la norma penal como manifestación externa o titularidad del bien jurídico protegido (p. 8). Por su parte, Zaffaroni (2002) parece sugerir que la severidad o benevolencia de la pena estará mensurada por la medida de la violación de los deberes impuestos por los valores más primarios o elementales de la sociedad (p. 61-62).

Como fue referido, uno de los valores fundamentales –que a su vez representa la esencia misma de la existencia del Estado como construcción política, jurídica y social– es la vigencia y protección de los derechos fundamentales de las personas. El

establecimiento de un régimen dictatorial y la transformación del Estado de Derecho en uno terrorista significó la negación de las bases fundantes de ese orden social. El Poder Judicial, como órgano supremo y principal garante de la tutela de los derechos humanos, debió erigirse como protector de todas las personas que vieron vulnerados bienes jurídicos tan esenciales como la vida, la libertad y la integridad personal. En cambio, una gran parte de los jueces y fiscales –cuyo deber era activar esos resortes de protección– decidieron hacer un uso ilegal y arbitrario del poder y ponerlo al servicio de la dictadura en la ejecución de los crímenes.

En ese contexto, consideramos que el profundo menoscabo de las bases fundamentales del orden social y –más importante aún– de los fines que ese orden impone como resultado del contrato social, tuvo lugar gracias a una justicia altamente colaboracionista, circunstancias que no se corresponden con el contenido de injusto de los tipos de infracción de deber, que –según se vio– protegen sólo la administración pública, no logrando receptar en su completa extensión el contenido global del injusto que tales afectaciones tuvieron.

*c. Las sanciones penales de los delitos de infracción de deber resultan insuficientes para asegurar la vigencia de la norma*

Jakobs difiere con teoría de los bienes jurídicos y sostiene que la función del derecho penal es la de garantizar la vigencia de la norma y no la de proteger esos bienes. Según su postura, cada persona tiene un rol asignado en la sociedad: en general, el rol de una persona competente será el de “ser un ciudadano fiel al Derecho”. Pero en ciertos casos, existirá además un deber específico –que denomina institución– como el de impartir justicia en respecto del juez, el de prevenir delitos en el caso del policía, el de cuidar a sus hijos en el caso de los padres. Ante el incumplimiento de dichos roles –que se traduce en la infracción de su respectivo deber– el ordenamiento jurídico-penal se erige para restaurar la vigencia de la norma quebrantada por esa transgresión.

Sobre la relación entre protección de la norma y la pena, estima Jakobs que para el funcionamiento correcto de la sociedad, las normas deben tener vigencia, es decir, siempre que a grandes rasgos pueda seguirse como válida, que sea la norma y no su quebrantamiento lo que configure la estructura de la sociedad. Ejemplificando con el homicidio, señala que la afectación no es la lesión a la carne o a la conciencia de la víctima sino la desautorización de la norma y la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico del

infractor, frente a lo que el Estado reacciona mediante la pena (Jakobs, 2008, p. 56-58). Esa pena –nos permitimos agregar nosotros, en clave jakobsiana– deberá estar a la medida –no de la afectación del bien jurídico– sino del quebrantamiento de la norma y de la falta de fidelidad al Derecho de quien la haya puesto en crisis, como medio de confirmación de la estructura de la sociedad.

Dicho esto, creemos que las sanciones penales que prevén los delitos de infracción de deber analizadas en el punto anterior –multa, inhabilitación y/o hasta cinco años de prisión– desde una perspectiva preventivo general no se presentan como adecuadas al grado de afectación de la vigencia de la norma crímenes de tamaño magnitud –con máximos niveles de injusto– como son los crímenes contra la humanidad, los más graves del derecho penal. Lo mismo puede decirse de la falta de fidelidad al Derecho que los presuntos infractores –jueces y fiscales– manifiestan a través de sus conductas, de acuerdo a las razones indicadas, todo lo que nos lleva a descartar su eventual aplicación.

**d. *Los delitos de infracción de deber son desplazados por intervenciones dolosas –en comisión por omisión– en los delitos de dominio***

En razón de la naturaleza y los alcances que hemos atribuido a las conductas de jueces y fiscales en los crímenes, consideramos que los tipos penales analizados que receptan infracciones de deber –dado su carácter subsidiario– ceden ante tipos penales dolosos caracterizados como delitos de dominio. Ello significa que estos funcionarios podrían ser calificados como partícipes e incluso como coautores de los secuestros, torturas, lesiones, violaciones, homicidios y demás hechos ilícitos ejecutados por (o junto a) las fuerzas armadas y de seguridad. En lo apartados que siguen se exponen en forma pormenorizada los fundamentos teóricos de cada una de estas posibilidades.

**2. La intervención de jueces y fiscales en delitos de lesa humanidad calificada bajo la participación criminal**

**2.1 Puntos de partida**

Según señalamos al comienzo, hasta el momento la única sentencia que aborda la responsabilidad de jueces y fiscales acudiendo a la participación criminal es la que se dictó en 2017 en la denominada causa de los jueces de Mendoza, que los consideró partícipes primarios de los crímenes cometidos por las fuerzas represivas de esa zona. En

ese precedente, el tribunal afirmó –en líneas generales– que las omisiones funcionales de los jueces y del fiscal se erigieron como aportes imprescindibles para que los ejecutores directos –fuerzas armadas y de seguridad que actuaban en la provincia– pudieran ejecutar los crímenes con absoluta impunidad. Dos cuestiones se destacan de la argumentación que usó el tribunal para anclar en esa postura: los fundamentos invocados para descartar la calificación de los delitos como infracciones de deber y el razonamiento utilizado para distinguir la complicidad de la coautoría.

En cuanto a lo primero, señalan que las omisiones funcionales en que incurrieron los magistrados no pueden ser consideradas en forma aislada, ya que la sistematicidad y permanencia de sus conductas –traducidas como un incumplimiento a sus deberes funcionales de tutelar los derechos humanos de los ciudadanos– conducen a interpretarlas como un aporte o colaboración permanente con que contaban los perpetradores al momento de ejecutar los crímenes. El tribunal tuvo por probado que militares y policías “contaban con la inacción de jueces y fiscales; y [que] esta deliberada omisión permitió a los autores seguir cometiendo los delitos”.<sup>42</sup> A su vez, destacaron que:

los condenados no solo omitieron dificultar el hecho, sino que omitieron realizar actos propios de sus funciones y de esa manera brindaron un aporte indispensable para que el hecho se cometiera [...] los magistrados tenían el deber y la posibilidad de intervenir con el objeto de evitar el resultado, al tomar conocimiento de los delitos cometidos por el terrorismo de Estado.<sup>43</sup>

Por otro lado, para descartar la aplicación de la coautoría restringen el alcance de las conductas de los imputados y siguen los postulados de la doctrina dominante. Señalan –en forma muy superficial– que al no haber intervenido en la fase de ejecución, jueces y fiscales sólo pueden ser calificados de cómplices, ya que sus aportes omisivos se tradujeron en una colaboración que fue aprovechada por los ejecutores para cometer los delitos. De todas formas, resulta curiosa la explicación que hace el tribunal acerca de la convergencia intencional de los miembros de la Justicia y de las fuerzas armadas, en tanto en el voto de la mayoría se lee que la complicidad se configuró por “[...] la intención de

---

<sup>42</sup> TOF n° 1 de Mendoza, causa n° 076-M y acum., “*Menéndez Sánchez, Luciano B. y otros...*”, sentencia del 26/7/2017, p. 2581.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 2779.



colaborar con la obra ilícita de otro, y el conocimiento de este otro de que el funcionario no cumpliría con su deber”.<sup>44</sup>

La vía de la coautoría para encuadrar las conductas delictivas de los miembros del poder judicial se tratará en el capítulo siguiente. En lo que aquí respecta y para analizar críticamente la posición que se asienta en la complicidad, conviene antes reseñar el marco teórico de la participación criminal, que permita a su vez explorar las distintas soluciones posibles para calificar los aportes de los magistrados desde esta perspectiva.

## 2.2 Nociones básicas y fundamento de la participación

La participación es la contribución criminal dolosa de un sujeto en el hecho antijurídico doloso llevado a cabo por otro. Es doctrina dominante que los partícipes carecen del dominio del hecho y que por tanto no pueden ser autores. Sin embargo, el fundamento de su punibilidad radica en que prestan algún tipo de apoyo al autor en la ejecución del hecho.

Desde un punto de vista terminológico hay que aclarar que se habla en sentido amplio de participación –o de teoría de la participación– para designar genéricamente la concurrencia o concurso de personas en el delito, como hace el CP argentino en el título VII del libro primero. Sin embargo, preferimos aquí ceñirnos a una terminología más estricta y hablar de intervención delictiva múltiple o pluripersonal –para designar el fenómeno global–, dejando reservado el término *participación* para referir al género, cuyas especies serán, por un lado los cómplices o partícipes –primarios y secundarios– y, por el otro, los instigadores o inductores. Ello en tanto dejar la designación de partícipe reservada para aludir a los cómplices permite una mayor adecuación a la propia definición genérica de la participación, es decir, que incluye tanto a cómplices como a inductores.

Roxin (2014) define a la participación como un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría, en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico (p. 204). Esta definición negativa decanta de su propia construcción teórica de la intervención delictiva, en la que la participación tiene reservado un espacio residual, encorsetada por el concepto de dominio del hecho. Según esta posición, mientras el autor –o coautor – será quien tenga dominio sobre el hecho –y

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 2581.

decida el si y el cómo del acontecer delictivo— quien no posea tal cualidad sólo podrá ser considerado partícipe.

Bolea Bardón (2000) por su parte señala que el único sujeto que tiene dominio negativo del hecho —para hacerlo fracasar— y positivo —para llevarlo a cabo— es el autor, siendo éste quien decide de forma autónoma sobre su realización. En cambio, el partícipe se limita a intervenir en un suceso “que queda en manos de otra persona, siendo ésta la que decidirá en último término sobre su efectiva ejecución”. Como aquel interviene en un hecho ajeno, no lo configura de forma independiente, sino dependiente de una decisión autónoma del autor (p. 141).

Ahora bien, dado que la participación se traduce en una extensión de la punibilidad —es decir, el fundamento del injusto se extiende más allá de los tipos de autoría de la Parte Especial—, se impone una fundamentación especial. El contrapunto teórico sobre el fundamento de la participación criminal ha girado históricamente sobre su dependencia o autonomía del hecho del autor. Según la antigua teoría de la participación en la culpabilidad, el partícipe era castigado porque con su colaboración en la ejecución del delito había conducido al autor a la culpabilidad. Sin embargo, indican Jescheck/Weigend (2002) que pareciera que en la práctica la medida de la culpabilidad del partícipe es completamente independiente de la del autor (p. 737).

Otro sector de la doctrina funda la participación en la teoría del favorecimiento —o de la causación—, basada en el principio de accesoriedad y según la que “el fundamento de la pena de la participación reside en que el partícipe ocasiona una acción típica y antijurídica por medio de la determinación del dolo del hecho o a través del apoyo psíquico o material [...]”, lo que determina su propia actuación culpable. Se ha señalado que de esta teoría

se deriva que la voluntad del partícipe debe estar dirigida a la ejecución del hecho principal y que para este último hay que exigir la presencia del dolo [...] el partícipe no infringe *por sí mismo* la norma contenida en el tipo delictivo, sino que su injusto consiste en que *interviene en la infracción de la norma del autor*. El injusto del hecho del partícipe es dependiente del fundamento y medida del injusto del hecho principal (Jescheck/Weigend, 2002 p. 737-738).

Zaffaroni (2005) toma partido por la tesis de la accesoriedad, señalando que la participación debe ser siempre accesoria de un injusto doloso ajeno y que las posiciones que ven el fundamento en una especie de autoría de participación —como categoría independiente— se dan de bruces con el derecho positivo. Así, de admitirse por ejemplo

la tipicidad de la participación, resultaría absurdo la posibilidad de punición de la mera proposición a cometer un delito –tentativa de instigación–. O –llevado a la práctica– el caso de quien preste a otro un chuchillo filoso para matar a su pareja –tentativa de complicidad– aunque el prestatario lo use sólo para cortar un pollo (p. 621).

En definitiva, la participación siempre accede a un injusto doloso ajeno, no concibiéndola como accesoria de algo que no sea una conducta típica y antijurídica, ya que “quien coopera en una conducta atípica ajena, quien coopera en una conducta ajena justificada o quien presta algún aporte a los movimientos involuntarios ajenos, no puede ser partícipe, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser autor” (Zaffaroni, 1999, p. 355).

En ese contrapunto, gran parte de la doctrina –entre los que se puede mencionar a Roxin, Stratenwerth, Jakobs, Pérez Alonso, Samson– defiende una posición intermedia entre la teoría del favorecimiento y la de la causación. Pérez Alonso (1998) indica que esta posición intermedia adopta argumentos de esas posturas extremas: de la primera, en tanto el injusto del partícipe viene determinado en esencia por el injusto del autor y de la segunda en cuanto también se reconocen elementos autónomos en el injusto del partícipe no deducibles del hecho principal. Dicho autor ve entonces “un ataque mediato o indirecto, pero, al mismo tiempo, independiente y propio del partícipe al bien jurídico protegido” (p. 332).

Por su lado, Roxin estima que la participación –como ataque accesorio al bien jurídico– no se funda exclusivamente en el principio de accesoriedad, entendiendo que si bien proviene del injusto del autor, en parte también es independiente y autónoma. Lo primero, porque el partícipe colabora en la ejecución del hecho pero *sin dominar su curso causal*, pero al mismo tiempo es *independiente*, siempre y cuando su aporte también configure simultáneamente un ataque al bien jurídico protegido (Roxin, 2014, p. 207-208). En su propuesta liberal del derecho penal, Nino también ve en el partícipe un injusto personal en tanto señala que cuando concurren varias intervenciones “no se trata aquí de que algunos respondan por una acción ‘principal’ de otro, que debe, en consecuencia, reunir ciertos requisitos; cada uno responde por su propia acción de tomar parte en la generación de cierto daño o peligro (Nino, 1980, p. 456).

En el derecho argentino, el código penal adopta la tesis de la accesoriedad limitada, según la que la participación es accesoria de una acción típica y antijurídica –el injusto–, evidenciado además en el art. 48 del CP que establece que las relaciones,

circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea excluir o disminuir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto del autor o cómplice a quienes correspondan-. Por tanto, ni la accesoriedad mínima –que considera que la participación es accesoria de una conducta típica– ni la extrema –que es accesoria de una conducta típica, antijurídica y culpable– tienen cabida en nuestro derecho.

Hasta aquí hemos aludido a las cuestiones generales de la participación criminal, es decir, aplicables a todas sus formas. No obstante –teniendo en cuenta el objeto de esta investigación–, en lo que sigue nos concentraremos en el estudio de la complicidad y los fundamentos dogmáticos que permitirían encuadrar la intervención de jueces y fiscales bajo alguna de sus formas.

### 2.3 La complicidad

La complicidad es una de las especies de la participación, aunque por lo general ambas denominaciones se utilizan indistintamente. Se diferencia de la instigación –otra forma de participación– en el tipo de contribución que se brinda al hecho principal del autor: en la complicidad consiste en una colaboración, apoyo o auxilio –que puede ser imprescindible o no–, mientras que en la instigación se trata de una persuasión para su comisión.

El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, teniendo en común con la inducción que ninguno tiene el dominio del hecho y que el autor ni siquiera necesita saber de su aporte convertido en auxilio –lo que se denomina complicidad clandestina–. Desde otra perspectiva, se diferencia de la coautoría en tanto en la complicidad no hay una resolución delictiva común (Jescheck/Weigend, 2002, p. 744).

Los requisitos para la complicidad pueden analizarse desde los aspectos objetivo –existencia de un hecho principal doloso, tentado o consumado– y subjetivo –dolo del cómplice–.

**a.** Desde el *aspecto objetivo*, en tanto ya que la participación no porta un injusto propio sino que lo adquiere del hecho típico y antijurídico ajeno –accesoriedad limitada–, se requerirá un hecho principal doloso. La ayuda que presta el cómplice al autor se dirige a un hecho principal que este ejecuta con dolo. Además, debe existir un vínculo directo entre esta cooperación y el hecho –consumado o tentado– del autor lo que, en otras

palabras, significa que se requiere una relación de causalidad entre el auxilio del partícipe y el resultado lesivo.<sup>45</sup>

En segundo lugar, se requiere que haya principio de ejecución por parte del autor, es decir, será necesario un hecho principal consumado o cuanto menos que haya quedado en una tentativa punible. La posibilidad de considerar a la participación como un tipo autónomo –y por tanto que pueda existir tentativa de complicidad– no es aceptada por nuestra legislación, que como indicamos adopta la accesoriedad limitada (Righi, 2013, p. 395).

En relación con los medios de la complicidad, puede tratarse tanto de complicidad intelectual o psíquica, técnica o física, siendo además estos medios ilimitados ya que según doctrina y jurisprudencia asentada se requiere cualquier favorecimiento doloso del hecho doloso ajeno, siempre y cuando la contribución haya posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal (Jescheck/Weigend, 2002, p. 747).

Sobre la relación de causalidad que debe existir entre el aporte del cómplice y el resultado típico, Roxin (2014) se conforma con que el aporte haya influido en el núcleo de ese resultado, o en los eslabones intermedios que conducen al mismo. Así, basta que sin el cooperador, el modo y manera del hecho hubiera transcurrido de forma algo distinta. Destaca además que en la consideración de esa causalidad son irrelevantes los denominados cursos causales hipotéticos, en tanto la entidad o el peso de los aportes del cómplice debe ser considerado *ex ante* (p. 276).

Sobre el momento de los aportes de los cómplices, en su gran mayoría tendrán lugar en la fase preparatoria, siempre que su eficacia se extienda hasta la consumación o la tentativa. También pueden darse en la fase ejecutiva, siendo calificado de cómplice o bien porque no tenga el dominio del hecho o bien porque se presente alguna otra circunstancia que se lo impida –por ejemplo, en los delitos de propia mano y en los delitos especiales–. El límite temporal hasta el que será posible calificar dichos aportes de complicidad lo marcará el agotamiento material del hecho, es decir su consumación típica, ya que no es posible cooperar en un hecho ya agotado. En todo caso, podrá existir encubrimiento, es decir un auxilio prestado al autor luego de consumado el hecho.

---

<sup>45</sup> Sobre las dudas que plantea parte de la doctrina sobre el requisito del *hecho principal doloso*, ver Roxin (2014), p. 217-218 y Jescheck/Weigend (2002), p. 705-706.

**b.** En cuanto al *aspecto subjetivo*, el cómplice debe actuar dolosamente, siendo suficiente el dolo eventual. El dolo del cómplice debe ser doble: dirigido tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento a través de su conducta (Jescheck/Weigend, 2002, p. 748). Resulta imprescindible que aquel se represente con suficiente precisión o certeza la acción que va a cometerse, ya que su dolo está dirigido a la consumación por parte del autor de un hecho en particular. Sin embargo, se admite que el cómplice conozca los crímenes pero sin estar al tanto de los detalles exactos sobre modalidades o eventual extensión del daño (Roxin, 2014, p. 311-312).

Lo anterior significa además que el cómplice responde sólo en la medida de su dolo, es decir que no es responsable por los excesos del autor. Así, según lo previsto por art. 47 de nuestro CP, la pena del cómplice que quiso cooperar en un hecho “menos grave que el cometido por el autor” será medida “[...] solamente en razón del hecho que prometió ejecutar”.

#### **2.4** Fundamentos jurídico-penales para calificar la intervención de jueces y fiscales bajo la complicidad

Sin perjuicio de haber señalado los fundamentos utilizados por la jurisprudencia referida para fundar las intervenciones delictivas de jueces y fiscales en la participación, en este apartado analizamos las diferentes variables argumentativas que de acuerdo a nuestro criterio podrían adoptarse para fundar las conductas de los magistrados en la complicidad.

##### **a.** La posibilidad de complicidad por omisión

Quedó establecido que el aporte criminal de quienes cumplieron funciones como jueces y fiscales durante la dictadura consistió –puesto en términos genéricos– en la omisión de proteger los derechos humanos fundamentales de quienes resultaron víctimas de los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado. En particular, estas omisiones consistieron en no adoptar medidas eficaces para detener la ejecución de los crímenes que se estaban cometiendo –incluidas aquellas que hubieran conducido a encontrar con vida a las personas desaparecidas–, ni investigar seriamente los hechos que ya consumados.

La relación entre los delitos de omisión y las diferentes formas de intervención criminal es tal vez uno de los temas más complejos de la ciencia penal. Roxin atribuye esta dificultad a que la doctrina no se ocupó seriamente de su análisis sino hasta los

trabajos de Kaufmann, en parte por su equiparación ontológica a los delitos de comisión y por gran impronta de la teoría subjetiva, lo que condujo reiteradamente a resultados equivocados (Roxin, 2016, p. 441).<sup>46</sup> El tema tiene en nuestra investigación una importancia crucial, en tanto su caracterización influirá decisivamente en el encuadre de autoría o participación que finalmente definamos como el más adecuado para fundar la responsabilidad de los magistrados por los crímenes descriptos.

Hecha esta aclaración, diremos que buena parte de la doctrina penal nacional y extranjera sostiene que los aportes omisivos –a un hecho comisivo– de quien se encuentra vinculado por una posición de garante solo pueden conducir a la participación.<sup>47</sup> Así, Fontán Balestra (1998) señala que la denominada complicidad por omisión se produce cuando alguien acuerda con el autor un *no hacer* y de ese modo *no evita el resultado* de un delito comisivo, citando el ejemplo del médico que se propone matar al paciente con un veneno y conviene con la enfermera que no le suministrará el antídoto mediante el que el desenlace podía prevenirse. Desde esta perspectiva, se dice que en estos casos el cómplice está vinculado con la omisión prestada al autor del hecho por su posición de garante, que lo obligaría a actuar (p. 408).

Jescheck/Weigend (2002) –también partidarios de esta posición– señalan que aquí se combina el dominio del hecho ejercido por el autor de un delito de comisión dolosa con la contribución no impeditiva del garante, la que se califica de complicidad. Citan el ejemplo del funcionario penitenciario –calificado de cómplice, en base a su deberes de control de las personas privadas de libertad– que tolera los hurtos cometidos por los internos –calificados de autores– (p. 749). Gallas afirma también que “junto al autor que despliega el dominio del hecho en el delito doloso de comisión, a todo garante que no impida el resultado no le queda sino el papel de cómplice” (Gallas, 1960, p. 687 –citado en Robles, 2007, p. 50).

Asimismo, la omisión podría conducir tanto a la complicidad primaria como a la secundaria. Esta última –por ejemplo– estaba prevista específicamente en el código

---

<sup>46</sup> Cabe señalar además que los debates dogmáticos sobre la autoría y participación en los delitos de omisión –propia e impropia– son además de extensos, muy numerosos, razón por la que un análisis pormenorizado de ellos resulta inabarcable en este modesto trabajo. No obstante, al momento de explicar cada enfoque teórico se hace una somera exposición al respecto, con el fin de contextualizar cada una de las posturas que califica los aportes delictivos de jueces y fiscales.

<sup>47</sup> Cfr. doctrina nacional: Soler, Núñez, Fontán Balestra, Zaffaroni, Righi; doctrina extranjera: Jescheck/Weigend, Baumann/Weber, Maurach/Gössel/Zipf, entre otros.

Tejedor –primer código penal sancionado en Argentina–, que sancionaba las omisiones de funcionarios públicos que, en connivencia con los autores, prometían omitir el cumplimiento de sus deberes represivos, tipo penal calificado por la doctrina como un caso particular de complicidad secundaria de la Parte Especial (Zaffaroni, 1999, p. 398).

Parte de la doctrina alemana –encabezada por Roxin y Jakobs– acepta la posibilidad de que exista complicidad por omisión, incluso cuando el omitente no esté obligado por un deber de evitar el resultado. Roxin admite la participación por omisión, partiendo de que las omisiones con deber –incluida la comisión por omisión– son calificadas en su teoría como infracción de deber. Señala que habrá participación por omisión “allí donde una inactividad, con arreglo a patrones jurídicos, aparece como una cooperación en un delito, sin reunir los requisitos de la autoría”. Según su posición, para que exista participación por omisión pueden darse dos posibilidades: que exista un tipo de omisión pero que el autor no tenga un deber de evitar el resultado o que el sujeto contravenga un deber de evitar el resultado pero que no exista un tipo autónomo omisivo para sancionarlo como autor (Roxin, 2016, p. 457-458).

Desde esta perspectiva teórica que acoge parte de la doctrina, se desprende que resultaría al menos posible calificar las omisiones funcionales de jueces y fiscales bajo la complicidad. En este sentido, su contribución –considerada aquí como accesoria– a los autores de los crímenes consistió en no adoptar las medidas judiciales de protección de las víctimas, que en la práctica significó dotar de absoluta impunidad al aparato terrorista estatal para que continuara ejecutando los crímenes.

Según se desprende del análisis de los delitos de infracción de deber (*supra* 1.5.a), la extensión de su posición de garante –en otras palabras, la medida de sus obligaciones funcionales como magistrados de la Nación– estaba dada por los deberes establecidos por la Constitución, los tratados internacionales y las normas procesales. Todas estas disposiciones ponían en cabeza de jueces y fiscales el deber esencial de tutelar los derechos más básicos de los y las ciudadanas: la vida, la libertad, la integridad física, psíquica y sexual, el derecho a la identidad biológica y de género, la propiedad, entre muchos otros. El avasallamiento de estos derechos humanos fue posible gracias a la inacción de un poder judicial que formó parte primordial del Estado terrorista, comprometido con la ejecución de los crímenes.

En conclusión, aceptada la posibilidad de cooperación mediante omisión, resta determinar la entidad de los aportes que –de seguir esta posición– tuvieron estos



magistrados en los delitos ejecutados por las fuerzas represivas estatales, esto es, si resultaron indispensables o meramente secundarios para esa ejecución.

**b. Complicidad secundaria en virtud de promesa anterior**

Desde la perspectiva de la complicidad se podría argumentar que las omisiones sistemáticas de jueces y fiscales de investigar seriamente las violaciones a derechos humanos que llegaban a su conocimiento se produjeron con base en un acuerdo –expreso o tácito– con las fuerzas armadas y de seguridad de cada región para que éstas llevaran a cabo los crímenes sin ningún tipo de entorpecimiento. Desde esta perspectiva, una posibilidad de encuadre de estas omisiones se funda en la complicidad secundaria basada en promesa o acuerdo previo.

En primer lugar, la complicidad secundaria se define como la cooperación que –sin resultar imprescindible– es prestada al autor de un injusto penal. Señala Zaffaroni (1999) que la cooperación es la ayuda que el autor acepta –en forma tácita o expresa– pero que siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico, ayuda del cómplice que además debe ser conocida y aceptada por el autor, extremo objetivo ineludible para configurarla esta clase de complicidad (p. 397).

Esta ayuda del cómplice al autor puede adoptar tanto el carácter de una cooperación física o de una cooperación psíquica, la que a su vez puede presentarse bajo dos formas: los consejos técnicos y el reforzamiento de la decisión del autor. La única forma de participación psíquica por fortalecimiento de la decisión del autor que prevé nuestra legislación es la promesa anterior al delito, ejecutada con posterioridad. Este caso de complicidad secundaria está expresamente previsto en el art. 46 del CP, que dispone una pena reducida para quienes “cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo”.

Vimos que la complicidad no podría fundarse en un hecho ya agotado, en parte además porque estaríamos en presencia de un encubrimiento y no de participación. Sin embargo, si bien la cooperación del cómplice se produce aquí luego de consumado el delito, su fundamento político-criminal radica en que ese aporte –la promesa– se da antes o durante la ejecución del hecho. Según Zaffaroni (1999), la complicidad consistirá siempre en el aporte que se hace antes –o durante– el hecho, siendo que –luego– la efectiva prestación de la ayuda prometida será una condición de operatividad de la

coerción penal y el incumplimiento de la promesa opera como causa de exclusión de la penalidad del cómplice (p. 401).

En la doctrina alemana, Roxin acepta este tipo de cooperación para configurar complicidad, a la que denomina *encubrimiento previamente prestado*: tratándose de una colaboración brindada por el cómplice para que el autor no sea descubierto –por ejemplo, con la promesa de aportar una coartada en caso de que haya una investigación al respecto– es causal del resultado, tanto para reforzar la disposición del autor a cometer el hecho o bien para que éste adopte otras precauciones para ejecutarlo (Roxin, 2014, p. 283).

En cuanto a la extensión de la promesa que requiere la norma para la complicidad psíquica, creemos que no debe ser entendida únicamente en el sentido del pacto expreso, sino que también puede darse un acuerdo tácito, que decantará de las circunstancias que rodeen la ejecución del hecho. Precisamente ésta es la postura que adopta la doctrina dominante sobre el requisito del plan común en la coautoría –cfr. Roxin, 2014, p. 148; Pérez Alonso, 1998, p. 286; Hernández Plasencia, 1996, p. 266–, lo que –según entendemos– resulta plenamente aplicable también a la complicidad, en tanto la naturaleza de ese acuerdo es análoga en ambas formas de intervención.

Al analizar la jurisprudencia penal internacional en la materia, se expide Ambos sobre el requisito de la coautoría del acuerdo o plan común, señalando que no se requiere un acuerdo explícito adicional entre los intervinientes. Además, será innecesario pretender acuerdos específicos para la comisión de cada crimen en particular, en tanto el propósito común del grupo engloba todas aquellas acciones necesarias para alcanzarlo (Ambos, 2008, p. 138). Ambos ratifica también que la resolución a cometer el hecho puede consistir en un acuerdo informal o tácito de voluntades de cara a un determinado hecho. (Ambos, 2005, p. 185). En general, la doctrina penal internacional se expide en ese mismo sentido (cfr. Olásolo, 2013, p. 312; Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 76).

Podemos apuntar que las investigaciones judiciales actuales han demostrado que una gran parte del poder judicial colaboró con las fuerzas armadas en la comisión de los crímenes de lesa humanidad y, abusando del poder investido por el Estado para impartir justicia, no protegieron a las víctimas, al tiempo que blindaban de impunidad a los ejecutores de los crímenes. Creemos que en algunos casos este concierto delictivo pudo haberse manifestado mediante un pacto expreso de impunidad, como se probó en la causa de la CNU –Concentración Nacional Universitaria– de Mar del Plata, respecto del plan

común y la división de tareas entre las fuerzas armadas y el entonces fiscal federal Gustavo Demarchi.

Una situación similar parece haber ocurrido en el caso de los magistrados de Mendoza. Según expresó el ex fiscal federal Otilio Romano en una de sus tantas declaraciones indagatorias, junto al entonces juez federal Luis Francisco Miret mantuvieron –a fines de 1975– una reunión con las más altas jerarquías del Ejército de la región de Cuyo –específicamente con el general Fernando Santiago, jefe del Comando y el coronel Orlando Dopazo, jefe de Inteligencia del mismo cuerpo–, en la que los militares les brindaron detalles sobre la denominada “lucha contra la subversión” y sobre la aplicación de la jurisdicción militar para los delitos vinculados con la subversión.<sup>48</sup>

En el análisis que Salinas hace de ese proceso, segura que los elementos reunidos durante el juicio no dejan dudas de que existió un acuerdo entre los magistrados y los ejecutores del plan, mediante el que éstos tenían garantizada la impunidad. Señala que:

es esencial el aporte porque es sistemático y significa en los hechos la garantía de impunidad. No cualquier impunidad: la impunidad garantizada por la justicia federal penal a cargo de hombres respetados por la sociedad que rechazaban los hábeas corpus con costas [...] y sobreseyendo provisoriamente las denuncias pero también convalidando todo el trabajo represivo del D2 de Mendoza –principal centro de detención y tortura– (Salinas, 2017, p. 165).

Sin embargo, en la mayoría de los casos la comprobación de un pacto expreso es poco probable, por lo que se deberán analizar las circunstancias que rodearon la ejecución de los hechos para discernir elementos que puedan conducir a un acuerdo tácito. Al respecto, podemos señalar que todos los magistrados y las magistradas que se mantuvieron en sus cargos luego del golpe de Estado juraron por las actas y estatutos de la dictadura, lo que ciertamente no los convirtió *ipso facto* en cómplices de los crímenes que se ejecutaban. Por el contrario, las conductas de adaptación de los magistrados al plan criminal de la dictadura se evidenciaron desde el mismo momento en que –expedientes de por medio– daban señales claras al régimen sobre su voluntad de cooperación: al rechazar un habeas corpus, o no iniciar ninguna investigación por los crímenes denunciados, o conformarse con respuestas de estilo de los victimarios. Fue a partir de

---

<sup>48</sup> Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, causa 636-F, “Fiscal c/ Guzzo y otros”, resolución del 18/05/2011. Esta circunstancia relatada por Romano fue sopesada por la cámara en los fundamentos para modificar su grado de intervención en los hechos a la de partícipe primario.

cada uno de esos momentos en que los perpetradores podían actuar con total impunidad, en tanto el pacto ya estaba sellado.

Por último, cabe destacar que la tesis de la complicidad secundaria en virtud de promesa anterior fue una de las imputaciones alternativas planteada por la Unidad Fiscal de lesa humanidad de Mendoza al momento de requerir la imputación de los ex magistrados federales.<sup>49</sup> Si bien esta posición no fue seguida por el juez instructor, sentó un precedente muy importante en la región y en el país. Luego de esa presentación –según se analiza en lo que sigue– la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza adoptó parcialmente la postura de la fiscalía y modificó la calificación del ex fiscal federal Otilio Romano por la de partícipe primario en un centenar de casos de homicidios agravados, torturas y privaciones ilegales de la libertad.

### c. Participación primaria

Desde otra perspectiva se podría argumentar que, si los aportes que estos altos funcionarios del Poder Judicial prestaron a los autores se consideran indispensables para la ejecución de los crímenes y que no necesariamente fueron prestados luego de consumados los hechos, aquellos podrían ser calificados de partícipes primarios. Así pues, el cómplice primario es aquel sujeto que, sin ser autor, brinda un auxilio o cooperación indispensable al autor o autores, sin los que el hecho no se habría podido cometer. El principio general es que mientras el autor tiene el dominio del hecho, el partícipe primario –dado el principio de accesoriedad– no lo tiene.

Señala Zaffaroni que aún teniendo dominio sobre los hechos, en determinados casos el cómplice no puede ser calificado de autor, limitado por el momento en que hace su aporte o por la naturaleza de los delitos. Resume los casos de complicidad primaria en tres: en los delitos propios, cuando quien hace el aporte necesario no presenta las características típicas para ser calificado de autor –funcionario, pariente, etc.–; en los delitos de propia mano, por ejemplo quien sujeta a la víctima de violación solo puede ser cómplice primario –en contra, Roxin– y en la coautoría, cuando quien presta una cooperación imprescindible en un hecho pero durante la fase preparatoria, sin intervenir en su ejecución –de acuerdo, Roxin; en contra, Jakobs– (Zaffaroni, 2005, p. 617-619).

---

<sup>49</sup> Causa n° 636-F, “*Fiscal c/ Guzzo y otros*”, requerimiento de imputación del Ministerio Público Fiscal del 7/7/2010.

La doctrina delimita objetivamente el concepto señalando que el cómplice primario presta un auxilio o cooperación que –valorado *ex ante* y en forma concreta– se requiera para la comisión del hecho. Sin embargo, no puede ser calificado de autor porque esa cooperación se presta en la fase preparatoria, o no tiene las calidades que el tipo exige para el autor en los delitos propios o porque no realiza personalmente la acción señalada por el verbo típico en los delitos de propia mano (Zaffaroni, 1999, p. 407). En cuanto al aspecto subjetivo, el cómplice debe conocer lo indispensable de su aporte para la ejecución del hecho, es decir que su dolo debe ser de complicidad primaria, lo que significa además que no será responsable por los excesos cometidos por el autor.

Ahora bien, la cuestión más difícil será la de determinar en el caso concreto si los aportes del cómplice fueron imprescindibles o no para la ejecución de los hechos. Durante muchas décadas –bajo la gran influencia de la fenomenología clásica–, la teoría de la equivalencia de las condiciones predicaba que para distinguir complicidad primaria y secundaria –basada en lo imprescindible o no de sus aportes– había que estar a los resultados de la supresión mental hipotética de la conducta del cómplice. En la doctrina nacional, Fierro (1964) indicaba que “en el caso de la complicidad primaria, la ley se vale de un procedimiento hipotético de eliminación para diferenciar a ésta de la secundaria, procedimiento que consiste en verificar si el hecho se podría haber consumado suponiendo suprimida la contribución del partícipe” (p. 289). De seguirse este método, se podría predicar también que, de no haber existido la garantía de impunidad ofrecida por las más altas esferas del Poder Judicial, o –puesto en otras palabras– de haber existido una justicia comprometida con la defensa de los derechos humanos de las sociedad– los crímenes no habrían sucedido de la manera en que ocurrieron y que, por lo tanto, cualquier aporte dirigido a fortalecer dicha impunidad habrá resultado imprescindible.

Sin embargo –como señala Gimbernat (2012)– de aplicarse este mecanismo, la calificación sobre la intervención de un sujeto no dependerá entonces de su propio comportamiento sino de lo que otras personas hubieran estado o no dispuestas a hacer. Agrega que no parece coherente poner en cabeza del juez la difícil tarea de discernir cuestiones insolubles, como lo sería “averiguar si el autor directo hubiera podido o no encontrar un modo de sustituir la actividad del cooperador” puesto que “sobre lo que otros hubieran estado dispuestos a hacer, nunca se podrá llegar a un conocimiento seguro (Gimbernat, 2012, p. 116; en igual sentido Roxin, 2016, p. 41).

Descarta también el criterio de la causalidad o condición necesaria: de aplicarse, ésta podría conducir a resultados absurdos, ya que un gran número de conductas que habrían aportado al resultado lesivo pero que se encuentra absolutamente alejadas del injusto podrían catalogarse como condiciones suficientes. Descartando también este criterio –en tanto “no refleja en absoluto un criterio de mayor reprochabilidad”– Gimbernat propone como solución para operar esa distinción su *teoría de los bienes escasos*, en que lo imprescindible dependerá de la escasez o abundancia de lo aportado.

Señala que para determinar la escasez de un bien no hay que acudir criterios técnicos –jurídicos ni económicos– sino al lenguaje corriente y de acuerdo a cada situación en concreto. De esta forma, si un partícipe coopera al delito con un bien difícil de obtener –escaso–, es decir con algo de lo que carezca el autor material, será partícipe necesario. En cambio, si lo que se entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta se calificará de complicidad –participación secundaria, según nuestra terminología (Gimbernat, 2012, p. 134-135).

Esta tesis –aunque, curiosamente, sin siquiera mencionar a Gimbernat– fue utilizada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza para considerar al ex fiscal federal Romano como cómplice primario de los crímenes. En esa resolución, el tribunal señaló que como facilitador de la impunidad de los autores materiales, el aporte de Romano fue un bien escaso, en tanto sólo un fiscal o un juez federal podía aportar desde el ejercicio de su función. La cámara concluyó señalando que:

La impunidad, y el mensaje de poder seguir ejecutando los hechos hacia los autores materiales no puede ser brindada por cualquier ciudadano sino solo por aquellos que tienen el cometido legal de investigar tales delitos y cuya renuncia dolosa a cumplirlos se transforma en el aporte objetivo e imprescindible que prevé el art. 45 del C.P.<sup>50</sup>

Para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, Pérez Alonso (1998) acude al estudio de dos aspectos: el momento del aporte y el contenido o relevancia de la contribución. Puntualmente, para distinguir ambas formas de participación, propone aplicar el dominio del hecho de Roxin. Destaca que la diferencia punitiva del cómplice necesario sólo puede fundarse en la relevancia objetivo-material de la contribución, que “favorece la realización del hecho ajeno en distinta medida y que, por ello, ataca mediata

---

<sup>50</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, causa 636-F –luego acumulada en la etapa de juicio a la causa 076-M–, resolución del 5/07/2011, p. 13-14.

e indirectamente en distinto grado el bien jurídico protegido” (Pérez Alonso, 1998, p. 346). Sin embargo, para delimitar la esencialidad de los aportes, recurre a los criterios de la teoría de los bienes de Gimbernat, por lo que al fin y al cabo parece enredarse en una argumentación circular. En lo demás, su posición coincide con la de Zaffaroni.

La doctrina alemana postula la aplicación de los principios generales de la imputación objetiva a la intervención delictiva, enfatizando en el aumento del riesgo como fundamento de la complicidad. Roxin (2014) señala que “[...] una aportación causal al hecho sólo puede ser una cooperación o complicidad cuando haya incrementado el riesgo para la víctima y correlativamente la oportunidad de éxito para el autor”, agregando que “la aplicación del principio del incremento del riesgo a la cooperación se puede reconducir al fundamento del castigo de la participación: pues sólo quien mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima, emprende un ataque autónomo al bien jurídico” (p. 287-288).

Desde su teoría de la imputación objetiva, Roxin entiende que el resultado típico debe imputarse a un sujeto aún cuando dicho resultado hubiera sido impedido, no con seguridad, sino solamente con cierta probabilidad o incluso posibilidad, a través de una conducta alternativa ajustada a derecho. Citando el ejemplo de un ciclista ebrio atropellado por un camión que decide sobrepasarlo, dice que la imputación es viable porque una forma de conducir correcta, si bien no hubiera salvado con seguridad la vida del ciclista, probablemente lo hubiera hecho, por lo que la infracción del riesgo permitido al no respetar ciertas normas de tránsito básicas elevó –de una manera jurídicamente relevante– la posibilidad de un accidente mortal (Roxin, 2014b, p. 110-111).

Siguiendo los lineamientos teóricos presentados, más allá de las diferencias argumentativas, lo cierto es que todas las posiciones coinciden en un núcleo común: a mayor compromiso de los cómplices en sus contribuciones para la ejecución de los hechos, mayores serán también las probabilidades de éxito de la empresa criminal y – como contracara– menores las posibilidades de indemnidad respecto de las víctimas. Allí deberá buscarse entonces el baremo para discernir si un aporte se erigió como esencial o meramente contingente.

Esto significará –en los casos analizados en este trabajo– que a través de los aportes esenciales, escasos y determinantes de los miembros del poder judicial, el entramado organizado del aparato de poder logró funcionar sin mayores inconvenientes,

con altas probabilidades de éxito, ya que al contar con una Justicia colaborativa, los riesgos eran casi mínimos.

## 2.5 Toma de postura acerca de la calificación bajo la participación criminal

Si bien la calificación de las intervenciones de jueces y fiscales bajo la participación criminal resulta más adecuada que el encuadre bajo la categoría de infracción de deber, creemos que –en la mayoría de los casos– tampoco corresponde su aplicación. Dos son los pilares que nos han convencido de esta posición: su incapacidad de aprehensión de los niveles de injusto que significaron los aportes de estos funcionarios de la Justicia y la consideración sobre el grado de influencia que sus conductas tuvieron en la ejecución de los hechos.

Sobre lo primero señalamos que –al igual que los delitos de infracción de deber– las categorías ontológicas de la participación criminal no resultan suficientes para comprender el injusto presente en este tipo de aportes. Pero a diferencia de aquellos, aquí no se trata ya de la extensión de la eventual sanción –que en la participación primaria, por ej., llega a equipararse a la autoría– sino en la propia naturaleza jurídica de la complicidad, atravesada por la accesoriedad. Tal como señalamos, la participación no es portadora por sí misma del pleno contenido del injusto sino que lo adquiere del hecho ajeno. Si bien el partícipe actúa afectando el mismo bien jurídico que el autor, no lo hace en forma directa, sino por medio del hecho antijurídico del autor (Zaffaroni, 1999, p. 360). Sin embargo, cuando un juez de la dictadura resolvía rechazar un habeas corpus, no adoptar medidas de protección respecto a una persona desaparecida o calificar una detención como legal –cuando no lo era–, pareciera que sobran las razones para afirmar que aquí la afectación al bien jurídico no es indirecta –accesoria, a través de la mano de un ejecutor inmediato o de un autor mediato– sino directamente mediante esas conductas de los magistrados.

En el análisis del entramado delictivo de los aparatos organizados de poder, el consenso actual se asienta en asignar a los funcionarios de la Justicia un rol accesorio, por fuera de la organización y sin poder de configuración –dominio– sobre los hechos. Por eso, como destacamos al comienzo, diversos ámbitos aún se siguen refiriendo a este fenómeno apelando al término *complicidad* judicial, sacándolos del eje de la comisión. Por el contrario, creemos que hay buenas razones jurídico-penales para postular una solución distinta, que se basa en considerar que las intervenciones omisivas dolosas de



jueces y fiscales durante la fase ejecutiva incidieron decisivamente en la configuración de los crímenes. Por lo tanto, según desarrollamos pormenorizadamente *infra*, entendemos que los magistrados lograron tener dominio de los hechos, lo que significaría calificarlos también de autores.



## CAPÍTULO TERCERO

### **LA SOLUCIÓN DE LA COAUTORÍA: MARCO JURÍDICO-PENAL APLICABLE**

Hasta aquí hemos desarrollado los fundamentos dogmáticos por medio de los que podrían calificarse las intervenciones de jueces y fiscales, esto es, bajo la categoría de los delitos de infracción de deber y de la participación criminal. Al respecto, dejamos sentada nuestra posición en el sentido de que ninguno de estos enfoques creemos resulta adecuado para la comprensión del fenómeno bajo estudio. Ahora bien, de acuerdo a lo expresado, a partir de este capítulo resta abordar el análisis de la coautoría y de los enfoques dogmáticos más representativas o singulares precisados por la doctrina penal. Luego –en el último capítulo– se intentarán formular algunas ideas para propuesta teórica que –desde la perspectiva aquí defendida– resulte útil para la aprehensión del problema planteado.

#### **1. La coautoría en la doctrina finalista de Welzel**

A mediados de la década del cincuenta, la doctrina finalista irrumpió en el derecho penal y modificó la sistemática de la teoría del delito, basada hasta ese momento en la teoría de Beling y los desarrollos posteriores de Liszt y de la escuela neokantiana. La teoría finalista de la acción de Hans Welzel –en pugna directa con el neokantismo– modificó el concepto de acción, descartando el hasta entonces vigente por uno óntico-ontológico, es decir, vinculado íntimamente al plano de la realidad por una estructura lógico real y absolutamente inescindible de la noción de finalidad. Si bien sus enfoques fueron luego superados por los de otras escuelas, mantuvo el dominio de la doctrina hasta

hace poco tiempo,<sup>51</sup> dejando caminos desandados muy valiosos en la dogmática jurídico-penal, aprovechados en especial por los funcionalistas sistémicos como Roxin<sup>52</sup> o Jakobs (Zaffaroni, 1999, p. 381-382).

Para los delitos dolosos, Welzel propuso un concepto de autor por fuera del causalismo imperante en aquel momento, que estuviera signado además por el dominio finalista de la acción y calificado como un concepto objetivo. Señalaba que “no es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin”, añadiendo que el “dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad” (Welzel, 1956, p. 104-105). En la coautoría, Welzel aplicaba ese concepto general de autor a los casos que se caracterizaban por la división del trabajo, indicando que:

Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Toda coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total (Welzel, 1956, p. 113).

En cuanto a sus requisitos, apelando a la norma vigente por aquel entonces en Alemania, exigía la decisión común del hecho –entendimiento recíproco, expreso o tácito, que a su vez funciona como límite de responsabilidad para cada coautor– y su ejecución común, analizando sus alcances desde las posiciones presentadas por las teorías objetivas –como realización formal del tipo– y subjetivas –basadas en el fuero interno del coautor y su *animus auctoris*–. Pero Welzel se apartó de las posiciones extremas y postuló su propia interpretación sobre la ejecución, sosteniendo que es tan coautor quien realiza actos materiales típicos como aquel que, realizando actos preparatorios, es coportador de la decisión común del hecho. Justificaba su postura en los siguientes términos:

El *minus* en la coparticipación objetiva, debe ser compensado por el *plus* en la comprobación particular de la coparticipación en la decisión del delito, si no el objetivamente menos partícipe podría ser penado solamente como cómplice. Por eso la cuestión de la coautoría puede ser resuelta solamente mediante una apreciación minuciosa de todo el complot delictuoso y del grado de la participación

---

<sup>51</sup> Fue seguido en especial por los siguientes autores contemporáneos: Maurach, Jescheck, Wessels, Stratenwerth, Latagliata, Bacigalupo, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Maurach/Gössel/Zipf, Roxin, Righi/Fernández, entre otros (Righi, 2013, p. 378).

<sup>52</sup> Roxin, en particular, tomará como punto de partida las bases dogmáticas de la autoría del finalismo de Welzel para su propia construcción teórica (Ver *infra* 2).

objetiva de todos los partícipes, pero no mediante fórmulas categóricas (Welzel, 1956, p. 117).

De conformidad con esa posición, será autor quien domine el curso causal de los hechos, es decir quien tenga el señorío de resolver voluntariamente la realización o no del tipo legal, en tanto que el partícipe –cuyo aporte no es decisivo para la consumación– no puede tener tal dominio. Según Righi (2013) la gran virtud de la teoría del dominio del hecho fue haber ofrecido un concepto aplicable a las distintas modalidades de la autoría, permitiendo distinguir entre autores y partícipes tanto en la autoría directa como en la autoría mediata y en la coautoría. Sin embargo, destaca a su vez las debilidades de la tesis, en tanto no resulta suficiente para definir al autor en los delitos especiales propios ni en los delitos de propia mano (p. 379).

Roxin critica la fórmula de Welzel de compensar la cooperación objetiva con la intervención en la decisión de cometer el hecho, señalando categóricamente que “si alguien no tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho sobre el acontecer, tampoco puede alcanzarlo por medio de su intervención en el planeamiento”, puntualizando en que el error de la construcción de Welzel ha sido su “giro hacia lo subjetivo” (Roxin, 2016, p. 272). Si bien su posición ha sido superada ampliamente por el post-finalismo, en especial por el funcionalismo, resulta innegable los avances enormes que significó para la época y como base fundamental para los desarrollos teóricos posteriores.

## **2. La coautoría mediante codominio funcional del hecho de Roxin**

### **2.1 Recepción doctrinaria y jurisprudencial de la teoría roxiniana. Fundamentos del concepto general de autor**

Sin dudas, Roxin ha sido uno de los catedráticos que ha realizado los aportes más significativos al derecho penal contemporáneo. En especial sus desarrollos teóricos sobre la intervención delictiva –volcados principalmente en *Autoría y dominio del hecho* (1963)– mantienen hasta nuestros días una trascendencia fundamental. La doctrina de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder –a la que referimos someramente antes– ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina y extensamente aplicada por tribunales nacionales e internacionales. Más allá de su empleo en la jurisprudencia alemana en casos de lesa humanidad y criminalidad organizada, los tribunales sudamericanos han sido verdaderos pioneros en su utilización, primero en

Argentina en la sentencia del juicio a las juntas militares (1985) y luego por la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el juicio contra el ex presidente de facto Fujimori (2009).

También su posición sobre la coautoría –basada en el dominio funcional del hecho– ha sido receptada extensamente por la doctrina y la jurisprudencia. En la doctrina Argentina y en otros tantos países latinoamericanos, esa construcción teórica es absolutamente dominante. En Alemania, el propio Roxin ha referido recientemente su amplia aceptación, citando entre otros a Esser, Jescheck/Weigend, Maurach/Gössel, Stratenwerth/Kuhlen, Herzberg (Roxin, 2016, p. 705). De igual manera ha ocurrido con la jurisprudencia nacional e internacional. En nuestro país, la jurisprudencia sobre lesa humanidad se ha volcado al codominio funcional para explicar las intervenciones –en el plano horizontal– de los ejecutores de los crímenes, mientras que en el vertical se acude principalmente al dominio por organización.

Por último, cierta doctrina penal de países del *common law* también ha destacado los avances científicos que significaron las posiciones de Roxin sobre la autoría. Así, Fletcher (2000) realiza una comparación entre la figura del dominio del hecho en la doctrina alemana y la del *principal perpetrator* del *common law*, recalcando –a través de citas de Roxin– el carácter protagónico de quien controla la ejecución de un hecho a través de contribuciones esenciales, lo que por otra parte está ausente en el interviniente accesorio –*accessory*–, es decir, en el partícipe (p. 655-657).

Ahora bien, para construir el concepto general de autor, Roxin rechaza tanto el concepto unitario como el extensivo, partiendo de uno restringido: la autoría se limita o restringe a los tipos penales de la parte especial, mientras que en la parte general se establecen causales de extensión de la punibilidad, como la autoría mediata, la participación o la inducción. Como criterio general para todas las formas de autoría, concibe al autor como la *figura central del acontecer de la acción*, dándole a esta noción el carácter de principio rector y punto de partida metodológico para toda su construcción, con una función de orientación, como “baremo de diferenciación prejurídico claramente aprehensible” (Roxin, 2016, p. 42). Es por ello que el partícipe –en todas sus formas– queda relegado para él a un papel secundario, a tener un rol marginal en el hecho, con los alcances ya explicados al analizar el tema.

Vimos también que la teoría de intervención delictiva de Roxin resulta bidimensional: mientras que en los delitos de dominio –basados en el concepto de dominio del hecho– la figura central siempre es el autor, por sí solo o con otros con los

que comparte el dominio del hecho, en cambio en los delitos de infracción de deber – fundados en la violación de un deber jurídico extrapenal y en los que incluye a las omisiones– el dominio del hecho carece de trascendencia, ya que sólo puede ser autor quien resulte vinculado por tal deber.

En conclusión, sostiene Roxin que en todos los delitos –excepto los de infracción de deber y los delitos de propia mano– el dominio del hecho será el principio rector para configurar la autoría. Ello se traduce en tres formas de dominio, que se corresponden con los tipos de autoría: el *dominio de la acción* –que caracteriza a la autoría directa o inmediata–, el *dominio de la voluntad* –que caracteriza a la autoría mediata, en sus diversas formas– y el *dominio funcional* –que es la esencia de la coautoría–. En lo que aquí interesa, nos enfocaremos en el análisis de la coautoría y de los alcances del dominio funcional del hecho.

## 2.2 Caracterización del dominio conjunto del hecho en la coautoría

En la coautoría, cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás, por lo que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, aunque tampoco ejerce un dominio parcial. El dominio completo reside en las manos de varios – por ello se habla de *codominio*–, de manera que sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. Esto significa que cada uno no es mero autor de una parte sino coautor del todo, en tanto en forma separada, nada puede uno sin el otro.

Roxin critica a Welzel y Gallas por sus tendencias subjetivas en la consideración de la coautoría –en particular la idea del *animus*– aunque a su vez les reconoce postular el criterio de la división del trabajo para la ejecución del hecho, al igual que la idea de que para el hacer se requiere la cooperación de todos, pero para impedir el desenlace solo basta uno. Por eso en la coautoría habla de dominio *funcional* del hecho, en tanto el dominio conjunto del individuo está determinado por su función en el marco del plan global, forma que resulta absolutamente autónoma de los otros dos tipos de dominio. Por el contrario, no habrá coautoría si al aporte del interviniente no le corresponde ninguna función independiente, como una cooperación contingente, no incluida en el plan e indiferente para el desarrollo del suceso (Roxin, 2016, p. 274).

Caracteriza el codominio del hecho como un *concepto abierto*, en tanto reconoce que hay ciertos casos en que la interdependencia funcional de los aportes no resulta tan clara, lo que desaconsejaría apelar a formulas prefijadas y criterios generales, proponiendo un análisis del caso concreto y una apreciación judicial individual. Así, por ejemplo, la calificación de la intervención del campana en la ejecución de un determinado hecho dependerá no sólo de su aporte sino de las circunstancias en que se produjo el hecho: será coautor si la ejecución del hecho demandaba tal vigilancia y se trataba de una función autónoma en el marco de la división del trabajo, de lo contrario será calificado de cómplice (Roxin, 2016, p. 276).

Sobre la capacidad de hacer que el hecho concluya –y de impedirlo– Roxin estima que no debe entenderse en el sentido de que un coautor tiene dominio sobre la voluntad del otro ni que cada coautor podría hacer fracasar el hecho interviniendo activamente para impedirlo, sino más bien que –dado el papel necesario que tiene cada coautor en la ejecución– al retirarse, puede hacer fracasar el plan,

Pérez Alonso –quien en su propia teoría de delimitación entre autoría y complicidad sigue a Roxin– señala que el dominio funcional se puede analizar desde dos aspectos: desde un aspecto positivo –como la contribución al hecho– y desde uno negativo –que sería la posibilidad de desbaratamiento del plan–. Respecto del aspecto positivo, se trata de la valoración objetiva-material de la contribución independiente y esencial del coautor que domina positivamente el hecho, según los alcances señalados. En cambio, el aspecto negativo del dominio del hecho no se trata de un requisito que deba cumplirse sino como “medio de confirmación negativa que consiste en la idea del desbaratamiento del plan, es decir, en el poder de hacer fracasar o interrumpir la realización del hecho mediante la omisión de la contribución” (Pérez Alonso, 1998, p. 253). En definitiva, entiende este aspecto no como un añadido a la definición de coautoría sino como complemento de la fórmula del dominio funcional del hecho para a fin de cuentas corroborar si el acto parcial del interviniente tiene la relevancia suficiente para codominar la ejecución total del hecho. El dominio positivo y material “hace” el hecho, mientras que el negativo –como idea del desbaratamiento del plan–, más que hacer lo corrobora.



### 2.3 Coautoría: concepto y requisitos

La coautoría se define entonces como la realización del hecho entre dos o más intervinientes mediante la ejecución con división del trabajo. Lo que caracteriza a la coautoría según Roxin es el dominio funcional del hecho, que está determinado por la actividad del individuo –de su función– en la ejecución del hecho, en que asume un rol o tarea esencial en la puesta en marcha del plan global. Será coautor todo interviniente cuyo aporte en la fase ejecutiva represente un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, es decir aquel comportamiento –funcional– que sostiene la empresa criminal. La función que cumpla cada interviniente es fundamental para calificarlo de coautor, ya que si a su aporte no le corresponde función independiente alguna, se tratará de una cooperación contingente, no incluida en el plan e indiferente para el desarrollo del suceso (Roxin, 2016, p. 274).

De esta caracterización se desprenden los extremos necesarios para la configuración de la coautoría: un plan conjunto o común del hecho, la ejecución conjunta y que la contribución de cada coautor sea esencial para el éxito del plan.

#### a. *La existencia de un plan común*

En primer lugar, la coautoría requiere que la actuación sea en base a un plan común, lo que –dado el carácter conjunto de la comisión del hecho– presupone el acuerdo o coincidencia de voluntades entre los coautores, que por tanto serán mutuamente interdependientes. Pero deben conocer esa dependencia mutua, por lo que –siempre según Roxin– no habrá coautoría cuando los sujetos colaboren con idéntico fin pero sin conocer el aporte del resto, en tanto ello no conduce a un trabajo en conjunto sino tan sólo a un aprovechamiento individual de la situación.

Sin embargo, no se requiere que el plan del hecho se elabore y se decida en común, ya que si una parte expone un plan delictivo sumamente detallado y otra solamente adhiere al plan, de igual manera ambos serán coautores. Por ello, basta también que el acuerdo se produzca sólo durante o después del comienzo del hecho y que se realice tácitamente (Roxin, 2014, p. 148). Tampoco es preciso que el plan establezca todos los pormenores de la actuación de los coautores, ya que en la mayoría de los casos parte del plan será dar cierta libertad de actuación a cada interviniente. Sin embargo, cada quien responderá sólo en la medida del acuerdo, es decir que los excesos cometidos por un

coautor en el marco de la ejecución de lo acordado no será imputado al resto. Sobre los alcances del acuerdo tácito en contextos de macrocriminalidad –en particular nuestra posición sobre la intervención de jueces y fiscales–, nos remitimos a lo ya señalado.<sup>53</sup>

**b. *Intervención en la fase ejecutiva***

La posición de Roxin es firme en considerar que sólo pueden configurar coautoría los aportes prestados durante la fase ejecutiva, es decir, desde el comienzo de la tentativa y hasta la consumación. Señala que este presupuesto se deriva del principio fundamental del dominio del hecho –en tanto la única forma en que los coautores dominen la realización típica es prestando una colaboración indispensable durante su ejecución. Asimismo, extrae tal requisito de la propia norma alemana en tanto, según su interpretación del CP, se requerirá la ejecución conjunta.<sup>54</sup>

Contra la opinión de un sector de la doctrina alemana –representada entre otros por Stratenwerth y Jakobs– Roxin niega capacidad para generar coautoría a los aportes prestados durante la fase preparatoria. Sostiene que si se considera al hecho como centro del acontecer relevante para la consideración penal, alguien que no ha tomado parte en su ejecución no puede ser su protagonista, quedando desplazado forzosamente a la periferia. Así, quien ha cooperado “preparando” no puede realmente dominar el curso del suceso, ya que su ejecución depende pura y exclusivamente de la iniciativa de quien lo ponga en marcha, es decir, del ejecutor directo (Roxin, 2016, p. 287). Según esta postura, si la actividad de los jefes o cabecillas de bandas se limita a planear los delitos y dejar a los demás la ejecución, tampoco serán coautores –quienes, si se cumplen los requisitos del dominio por organización, podrán ser autores mediatos o cómplices, pero no coautores–.

Sin embargo, Roxin no requiere la presencia del coautor en el lugar de la producción del resultado, ya que considera que ciertas contribuciones de gran entidad –en el contexto de una actuación conjunta y simultánea– pueden prestarse desde la distancia. Ilustra con el ejemplo de quien “desde una posición alejada, coordina por radio

---

<sup>53</sup> Ver capítulo tercero, punto 2.

<sup>54</sup> El § 25 (2) del CP alemán describe a la coautoría en los siguientes términos: “Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría)”. El art. 45 de nuestro CP tiene una previsión semejante –“tomar parte en la ejecución del hecho” que la doctrina nacional mayoritaria ha interpretado en igual sentido que Roxin.

las contribuciones de los coautores que operan ‘sobre el terreno (en el lugar)’ o quien da instrucciones u órdenes telefónicas durante la ejecución” (Roxin, 2014, p. 152).

No podemos dejar de plantear las dudas que nos genera esta posición de Roxin, ya que parece contradictorio requerir un alto nivel de involucramiento de tipo físico-material en el hecho pero a la vez –para cumplir el requisito de intervención en la ejecución– conformarse con que alguien dirija el curso de las acciones sin estar presencialmente en el lugar del hecho. El señalamiento no va dirigido a cuestionar que ello sea posible sino a dilucidar bajo qué criterios –no indicados por Roxin– estos aportes estarían incluidos en la coautoría y otros –como quien decide pormenorizadamente el plan criminal pero se mantiene expectante, también a la distancia– no.

Cuando se refiere a la denominada coautoría alternativa –es decir, cuando existen contribuciones alternativas a un mismo hecho–, parece sumar más confusión al asunto. Criticando la posición de Rudolphi –que niega calificar estas contribuciones bajo la coautoría– concluye que dos sujetos –tiradores asesinos– son coautores sí, de acuerdo a un plan común, esperan a la víctima en caminos diferentes de una zona determinada –distintas salidas de una casa o apostados sobre todas las vías de escape en una zona boscosa– pero sólo uno le asesta el disparo mortal. Fundamenta en que:

mediante el cierre u obstrucción de todas las posibilidades de huida, cada uno se vincula en el momento de la ejecución a la red mortal en la que cae o se enreda la víctima. Ésta tiene que pasar necesariamente por delante de la escopeta de uno de los tiradores, porque también los otros caminos están bloqueados o cerrados [siendo este] un caso clásico de colaboración o actuación conjunta en la fase ejecutiva, como el que existe también *v.gr.* cuando se rodea o cerca abiertamente a la víctima por los miembros de una banda (Roxin, 2014, p. 164-165).

Pero llamativamente llega a la solución opuesta si –tomando el mismo ejemplo– los atacantes se encuentran en ciudades distintas: el autor será sólo quien realice el disparo fatal. Esto llama poderosamente la atención, ya que no logramos comprender el alcance que Roxin da al escenario de la ejecución, criterio que en el ejemplo aparece como físico o geográfico pero que –al fin y al cabo– se traduce en uno jurídico. Resulta curiosa la diferenciación de ambos casos, en los que la distinción pareciera provenir únicamente de la distancia en que los ejecutores del plan común estén dispuestos: en uno, el “terreno de la ejecución” se limita a un bosque y en el otro, a una zona geográfica mucho más amplia como sería una determinada región (un cuestionamiento similar se plantea en Falcone, 2017, p. 84-85).

Más allá del carácter abierto del propio concepto de dominio del hecho, creemos que Roxin no logra delimitar adecuadamente qué actos quedan comprendidos por el concepto de ejecución. Somos conscientes de que, por un lado, este punto es uno de los más álgidos de la teoría de la intervención delictiva, en tanto pareciera que en este aspecto el concepto de autor –y de coautor– aún sigue ligado a criterios físico-naturales, más próximos a la teoría formal-objetiva que a los nuevos desarrollos doctrinarios que tienden a entender la ejecución con otros enfoques. ¿Por qué el sujeto que –desde un centro de operaciones– dirige las acciones criminales de un grupo que actúa a cientos de kilómetros sería coautor pero no quien formaliza un meticuloso plan –cumplido a rajatablas por los ejecutores– pero se mantiene sin ninguna conexión de tipo material y simultánea con el lugar donde se ejecuta el hecho o con sus ejecutores directos?

Definir qué se entiende por *ejecución conjunta* será crucial para el objeto de nuestra investigación, ya que la delimitación correcta –si es que ello fuera posible– entre coautoría y complicidad permitirá encuadrar los aportes delictivos de jueces y fiscales en una u otra categoría. Sin extendernos demasiado aquí –ya que será tratado en profundidad más adelante– creemos que los criterios aportados por Roxin para definir la ejecución no convencen, resultando poco claros y algo confusos, por lo que será necesario, en este aspecto, explorar otras posiciones.

### c. *La esencialidad de los aportes*

Roxin estima que solo las contribuciones ejecutivas esenciales pueden configurar coautoría. Ello significa que las tareas asignadas entre los coautores deberán revestir cierta importancia, descartándose la eficacia de las periféricas. Pero serán esenciales no sólo las acciones típicas sino también otras acciones ejecutivas no típicas pero que sean importantes para la realización del tipo. Por ejemplo, quien sujeta a la víctima para que otro pueda golpearla libremente es coautor del delito de lesiones o quien asegura mediante actos de vigilancia, coautor de hurto (Roxin, 2014, p. 157). Lo esencial del aporte debe ser juzgada *ex ante*, lo que significa que aunque luego del hecho se concluyera que ese aporte no era imprescindible, de todas formas será esencial si fue considerado por los coautores en la configuración del plan.

En la doctrina nacional, Zaffaroni concuerda con la posición de Roxin tanto respecto de la intervención durante la fase ejecutiva como acerca del requisito de la esencialidad de los aportes, subrayando que caso contrario se configurará complicidad

pero no coautoría (Zaffaroni, 1999, 349). En igual sentido se pronuncia Righi (2013, p. 383).

Sin embargo, otro sector ha criticado tanto el alcance del requisito de la esencialidad como su necesidad misma. Jakobs sostiene que se trata de un retroceso a la antigua teoría objetivo-material, señalando que no todo lo necesario es relevante, por lo que propone mirar –más que lo esencial– el poder configurador del aporte en relación con el hecho (Jakobs, 1997, p. 752). Gimbernat (2012) –crítico tenaz de la teoría del dominio del hecho– cuestiona también este requisito, afirmando que Roxin no brinda criterios precisos sino meramente esquemáticos para su determinación.

Por nuestra parte, coincidimos parcialmente con Jakobs en que, bajo ciertas circunstancias el poder de configuración del aporte del coautor resultará más importante que su calificación de esencial, concepto que además –desde otra perspectiva– puede resultar vago y de difícil delimitación. No obstante, reafirmamos la necesidad de contar con un extremo que –más allá de su denominación– permita discernir bajo criterios claros aquellos aportes que evidencien un poder configuración de los hechos de los que no lo tengan. Ello en tanto creemos –con Roxin– que no cualquier contribución tendrá el rendimiento suficiente para configurar los hechos en el modo requerido para ser coautor, que conduzca finalmente a una atribución recíproca de responsabilidad.

#### 2.4 Doctrinas discrepantes con el codominio funcional del hecho

Gimbernat (2012) critica en general la teoría del dominio del hecho. Aunque parte de reconocer el éxito y utilidad de la tesis de Roxin respecto de la autoría mediata, sostiene que falla en brindar criterios útiles para distinguir la cooperación primaria y la secundaria, señalando que los partidarios de esta teoría solo han dado criterios demasiado esquemáticos y poco convincentes (p. 113-114).

Tampoco concuerda con Roxin en que el coautor sea la “figura central” del delito, como sí es el autor. Sostiene que quien sujeta a la víctima mientras otro la apuñala tiene, según su criterio, un papel marginal en el hecho, por lo que de ninguna manera podría decirse que es protagonista del mismo. En resumidas cuentas, cree que Roxin “de la mano de sus criterios, atribuye una posición central a sujetos que sólo la tienen marginal” (Gimbernat, 2012, p. 124). Asimismo, asegura que Roxin no es consecuente al criticar la teoría del *socius principales* –teoría de la necesidad– pero acudiendo al mismo tiempo a ésta al afirmar que cada coautor tiene el dominio del hecho y por tanto puede desbaratar

el plan total retirando su contribución. Concluye diciendo que si para determinar lo imprescindible de un aporte Roxin acude a una supresión mental hipotética, estaría volviendo sobre un antiguo problema.

También Jakobs critica la posición de Roxin respecto de la coautoría, al postular desde su teoría de roles que no solo los aportes brindados durante la fase ejecutiva poseen la virtualidad suficiente para constituir coautoría sino que otros aportes –aunque sean durante la fase preparatoria– pueden tener un alto poder de configuración de los hechos para generarla. Su posición se desarrolla en detalle *infra*.

## 2.5 Aplicación de la coautoría de Roxin en la jurisprudencia de lesa humanidad

En los procesos por crímenes de lesa humanidad, los tribunales nacionales han acudido ampliamente a la doctrina del codominio funcional, en su mayoría para fundar la responsabilidad de imputados que –en un plano horizontal– realizaron aportes a la comisión de los crímenes, acudiendo mayormente a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder para explicar la responsabilidad de los superiores –plano vertical–.

La Cámara Federal de Casación Penal ha consolidado una jurisprudencia prácticamente unánime sobre la coautoría en lesa humanidad, apelando en gran parte de sus sentencias a la doctrina mayoritaria. En líneas generales siguen los extremos postulados por Roxin, aunque –como se verá– en algunos aspectos amplían los estrictos límites impuestos por aquel en su doctrina.

En la causa *Losito*, la CFPC afirmó que para ser coautor “no es necesario haber cometido todas las acciones típicamente consumativas, sino que es suficiente haber tomado parte en la ejecución del hecho” aclarando que a tales fines “[...] se debe tener el codominio del hecho, es decir, que se haya compartido el dominio funcional con otro u otros”.<sup>55</sup> Por otro lado, en los casos en que debieron abordar la actuación de los llamados grupos de tareas –escuadrones encargados de las prácticas sistemáticas de secuestros, torturas y asesinatos, denominados comúnmente como “patotas”– el tribunal destaca la horizontalidad de los aportes de cada coautor en la ejecución de los delitos, haciendo especial hincapié además en la división de las tareas o funciones que cada uno desempeña

---

<sup>55</sup> CFPC, sala II, causa 10431 “*Losito, Horacio y otros s/recurso de casación*”, sentencia del 18/4/2012, p. 145.

en el hecho global y que, como consecuencia de la ejecución bajo esa modalidad, los aportes se imputan recíprocamente.<sup>56</sup>

En el precedente *Riveros*, señaló el alcance de los extremos objetivos y también subjetivos en la configuración de la coautoría, destacando que para cumplir con el requisito de “haber tomado parte” en la ejecución del hecho, las modalidades pueden presentarse de las más diversas maneras, según las particulares circunstancias de cada caso. Lo importante será compartir el codominio funcional con otro u otros.<sup>57</sup>

En casos en que analizaron crímenes cometidos en establecimientos carcelarios – que durante el terrorismo de Estado fueron transformadas en verdaderos centros clandestinos de detención y tortura–, las salas también apelaron a la teoría de Roxin para fundar la intervención de ciertos imputados. En la resolución dictada en la causa *Fano*, la responsabilidad del director del penal se encuadró en la coautoría por codominio funcional, aduciendo que “desde su específica posición de mando [y a pesar de que no intervino en la ejecución directa de los crímenes] realizó aportes esenciales a la maniobra delictiva general desplegada en la cárcel de Rawson que se hallaba bajo su dirección y control”.<sup>58</sup>

En cuanto a los elementos de la teoría, la jurisprudencia de casación también refiere que se debe verificar tanto el extremo objetivo –consistente en la ejecución de la decisión común mediante la división de trabajo– como el requisito subjetivo, al que define como “[...] la decisión común al hecho entre los distintos intervinientes, para llevar a cabo conjuntamente y en forma organizada los diferentes delitos propuestos”.<sup>59</sup> También acuden a los criterios brindados por la teoría del dominio del hecho calificar bajo la complicidad primaria –descartando la coautoría– respecto de aportes prestados en la etapa

---

<sup>56</sup> En una resolución se lee: “[El imputado] intervino en la dinámica de los hechos acaecidos en el marco de un plan sistemático que comprendía a todos los imputados en esta causa, habiendo participado todos ellos en un mismo nivel de responsabilidad, de ahí que fueran condenados como coautores a tenor del art. 45 del CP por codominio funcional del hecho” (Causa *Amelong*, 2013, p. 150). En *Brusa* (2012, p. 70), se rechazó un agravio de la defensa sobre la intervención de un imputado, expresando: “el tribunal analizó el rol de cada uno de los imputados dentro del plan sistemático de persecución y exterminio y acreditó la coautoría funcional [del imputado] en los delitos enrostrados [...] la conducta reprochada dentro de la división funcional, como integrante de ‘la patota’, apuntando que el imputado se encargaba de detener ilegalmente personas [...] y trasladarlas a los diversos centros clandestinos, donde eran torturadas”.

<sup>57</sup> CFCP, sala II, causa 12830, “*Riveros, Santiago Omar y otros s/rec. de casación*”, sentencia del 7/12/2012, p. 150.

<sup>58</sup> CFCP, sala III, causa 1470/13, “*Fano, Osvaldo s/recurso de casación*”, sentencia del 29/6/2015, p. 95.

<sup>59</sup> CFCP, sala IV, causa FMP 33004447/2004, “*Mosqueda, Juan E. s/recurso de casación*”, sentencia del 9/4/2015, p. 241.

preparatoria, afirmando que el codominio funcional de los coautores viene dado principalmente porque su intervención se produce durante la ejecución.<sup>60</sup>

Por último, la resolución de la causa *Cervera* resulta interesante, en tanto el tribunal descartó los agravios respecto de varios imputados que habían sido condenados como coautores, avalando la eficacia de otro tipo de intervenciones configurativas del hecho como, por ejemplo, “la vital información que les permitió identificar a [la víctima] para secuestrarlo y torturarlo”, en paridad con quienes se encargaron del secuestro mismo y de las posteriores torturas a las que luego fue sometida.<sup>61</sup>

En conclusión, podemos afirmar que la jurisprudencia de Casación ha interpretado la coautoría por codominio funcional de Roxin en forma amplia, incluyendo para la configuración de los crímenes –de acuerdo a las circunstancias del caso concreto– otro tipo de aportes que la tesis de Roxin deja fuera del ámbito de la coautoría.

### **3. La coautoría en el normativismo de Jakobs**

#### **3.1 Formas de intervención y concepto general de autor de Jakobs**

Sostiene Jakobs que partiendo de dos modelos de regulación de la intervención criminal –uno para los delitos de infracción de deber y otro para los delitos de dominio– en algunos sólo cabe fundamentar la responsabilidad plena, en concepto de autor, mediante la lesión de un deber asegurado institucionalmente, que también está fundamentada mediante la lesión de ese deber. Indica que de todas formas, en la mayoría de los delitos la responsabilidad se vincula a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización –que según su postura es precisamente el dominio del hecho– es decir, lo que Roxin denomina delitos de dominio. Jakobs (1997) señala al respecto que “quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno. Estos delitos se llaman *delitos de dominio*, porque la responsabilidad surge de un acto organizativo” (p. 730).

---

<sup>60</sup> CFCP, sala III, causa 96000200/2006, “*Camicha, Juan C. y otros s/recurso de casación*”, sentencia del 30/11/2015, p. 105.

<sup>61</sup> CFPC, sala III, causa 1681/13, “*Cervera, Rubén; Maderna, Horacio Hugo; Rodríguez, Pedro A. s/recurso de casación*”, sentencia del 11/7/2014, p. 71. Sostuvieron: “A este respecto, es clara la doctrina cuando pone de resalto la irrelevancia que comporta, en los casos de coautoría, que un interviniente no haya realizado por sí mismo todos los elementos del tipo [con cita de Jescheck/Weigend]”.



En contraposición a las formas de dominio de Roxin, Jakobs ve mejor remitir el concepto de dominio del hecho a principios distintos pero acumulables, proponiendo también tres formas: *dominio del hecho formal* –mediante la realización de la acción ejecutiva, es decir, vinculado al tipo–, *dominio del hecho material como dominio de la decisión* –poder sobre la decisión sobre si se realiza el hecho– y *dominio del hecho material como dominio de configuración* –a través de la configuración del hecho– (Jakobs, 1997, p. 741).

Explica la dinámica de la autoría señalando que habrá *autor único* cuando alguien decida sobre el hecho y también lo ejecute de propia mano, con una determinada configuración. En cambio, cuando haya *varios intervinientes*, existirá una distribución por partes iguales, pero “cada uno toma parte en los tres ámbitos de dominio”, que también será susceptible de división de acuerdo a su clase, por ejemplo –según ejemplifica– uno solo *configura* (mediante la fabricación de un artefacto explosivo) y otro *decide* y *ejecuta* (activando el artefacto). Define autoría en la medida del dominio que exista, cuanto menos, en uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, destacando que no será relevante “el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho”. De esta forma, “todos los elementos son homogéneos en un aspecto: son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad” (Jakobs, 1997, p. 741-742).

A diferencia de la lectura que hace Roxin del § 25 del CP alemán, Jakobs le da una interpretación distinta, señalando que si bien la norma habla de “cometer”, ello no obsta a distinguir la comisión por sí mismo –de propia mano–, por medio de otro –a través de un sujeto subordinado– o en común –mediante las manos de cualquiera pero en cooperación con otro, es decir, la coautoría– (Jakobs, 1997, p. 742). En lo que sigue, nos concentraremos en analizar esta última forma de intervención.

### 3.2 La coautoría basada en roles

En su análisis sobre la coautoría<sup>62</sup> –en sintonía con su posición sobre la autoría en general– Jakobs descarta la mera causación conjunta de un hecho como fundamento suficiente para la atribución recíproca de responsabilidad. Por el contrario, parte del

---

<sup>62</sup> Para el estudio de la posición de Jakobs sobre la coautoría nos hemos valido mayormente de su obra *Derecho Penal Parte General* (1997) y del ensayo *El ocaso del dominio del hecho* (2008).

principio de autorresponsabilidad –que caracteriza configurador de toda sociedad de libertades– y expresa que no todas las consecuencias causadas son consecuencias imputables sino “solo aquellas cuya producción debe tener en cuenta el sujeto que actúa en el rol en que se encuentre” quedando excluidas todas las consecuencias hacia las cuales deriva otro sujeto de modo arbitrario el suceso del que responde el primero. Señala que la codelincuencia se entiende por la división del trabajo, pero no de cualquier forma, sino a través de la concatenación de conductas y roles de cada interviniente en la realización típica. En sus palabras, esto significará la realización del tipo entendida no “como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior” (Jakobs, 2008, p. 173).

En el reparto de tareas que comúnmente hacemos en la vida diaria, habrá pues se dos formas distintas: una con efecto de aislamiento –en que lo común se limita solo a un intercambio de prestaciones, *vgr.* el vendedor del auto que no es responsable por los excesos de velocidad del conductor – y un reparto que vincula, en el que se puede hablar de una obra colectiva, en tanto las contribuciones de cada interviniente están concatenadas por el poder de configuración de unos autores sobre otros. Señala entonces que el interviniente “queda vinculado con quien actúa después si (y en la medida en que) su contribución no sólo ha causado esta conducta, sino también ostenta el significado objetivo de hacerla posible” (Jakobs, 2008, p. 174).

En definitiva, considera que en la coautoría los partícipes conforman con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución misma, siendo ese colectivo quien tendrá en resumidas cuentas el dominio del hecho. Por tanto, la accesoriedad se entiende –no en apoyarse en un injusto ajeno– sino como injusto propio, materializado a través del ejecutor, y su responsabilidad está fundada jurídico-penalmente en que esa ejecución, en razón del reparto de trabajo, también es la suya. Señala que:

Una vez que se ha visto esto con claridad, es decir, que la ejecución no es sólo ejecución de quien ejecuta –el desnudo naturalismo de la propia mano–, sino ejecución de todos, decae la razón para destacar la ejecución por el hecho de que sólo los que ejecutan deben calificarse como autores, mientras que no deben serlo los partícipes en la fase anterior: todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello (Jakobs, 2008, p. 176-177).

### 3.3 Los requisitos de la coautoría según Jakobs

De acuerdo a la construcción de Jakobs, la coautoría requiere la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor. Según se verá, los extremos de su posición difieren sustancialmente a los planteados por Roxin para el codominio funcional.

#### a. Aspecto subjetivo: la decisión común del hecho

Jakobs difiere de la opinión de la doctrina dominante y propone una reducción de los alcances del acuerdo común: según su postura, si en la autoría la decisión común del hecho es irrelevante, también debe serlo en la coautoría. Este análisis puede hacerse en dos grupos de casos:

Un primer grupo estará constituido por los casos en que los intervinientes se dividen la ejecución de distintos segmentos aislables de un delito –por ejemplo, el robo de varios volúmenes de una biblioteca–, en los que aquellos responderán por el todo como coautores solo si se unieron con esa finalidad. Aquí, si falta la decisión común del hecho, solo habrá responsabilidad parcial y a título de autor –el hurto de un volumen–. Esquematiza con la fórmula *dominio del hecho no dividido sobre una parte + acuerdo de ajustar la parte en el todo = coautoría* (Jakobs, 1997, p. 746).

En un segundo grupo, Jakobs critica la solución de la doctrina dominante de descartar la coautoría cuando un interviniente realice aportes relevantes –tan intensos que podrían determinar la configuración de la ejecución del hecho en cuanto a lugar, tiempo y modalidades– pero sin mediar acuerdo con el ejecutor. En estos casos, estima suficiente que exista una *decisión de ajustarse*, mediante la que el interviniente –si bien no ejecuta directamente– colabora en la configuración del hecho y vincula su aportación con el hacer del ejecutor. En las soluciones de la doctrina dominante ve resabios subjetivos que cree hay que erradicar: “la responsabilidad es consecuencia del ajuste, e independiente de la voluntad de tener responsabilidad” (Jakobs, 1997, p. 747).

El dolo deberá estar presente con la decisión de ajuste al realizar el propio aporte al hecho, pero si se abandona antes de emprender la acción ejecutiva, ello no impedirá la coautoría si dicho aporte conserva su eficacia. El límite a la coautoría sería entonces el exceso de un interviniente, es decir, aquellas acciones que no estén previstas y por tanto

cubiertas por la decisión de ajuste, sin requerirse conocimientos especiales más que los suficientes para fundar en general el dolo.

**b. Aspecto objetivo: resignificación de la comisión conjunta**

Desde el punto de vista objetivo, Jakobs cree que el requisito de la comisión en común no debe entenderse como realización directa –de propia mano–, en tanto considera que si el CP alemán –que en ese aspecto es igual a la regulación que hace nuestro propio CP– no recepta la teoría objetivo-formal para la autoría, tampoco se debe exigir para la coautoría. Asimismo, considera que si ese requisito formal cae, también caerá la legitimación para exigir en la coautoría la intervención en el hecho durante la fase ejecutiva, sentando que “la medida y la intensidad de la configuración de un delito no cometido de propia mano son independientes del momento del influjo” (Jakobs, 1997, p. 749-750).

En contra de la doctrina dominante, estima Jakobs que también los aportes durante la fase preparatoria pueden tener la virtualidad necesaria para configurar coautoría, siempre y cuando hayan codeterminado la configuración del hecho o su puesta en marcha. Sostiene que si bien en ciertos casos el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material –al estilo de Welzel– sostiene que ese *minus* puede quedar compensado por un *plus* en el dominio material, como *dominio de la configuración*, ejercido durante la fase preparatoria. Y ello en cuanto “incluso sin intervención alguna en el dominio de la decisión es posible la coautoría a través de la configuración o al menos configuración conjunta” (Jakobs, 1997, p. 750).

Según esta posición, la configuración del hecho consiste en disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto, siendo las configuraciones la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio y del resto de las circunstancias en concreto. De todas formas –al igual que Roxin– sostiene que los aportes deben ser equivalentes, en un plano de igualdad, es decir que para ser coautor se requiere “una aportación de la medida de las demás aportaciones”.

Jakobs ve la importancia de los aportes más en su peso en la configuración de los hechos que en su caracterización de esencial, incluso llegando a afirmar que quien da consejos de tipo organizativos también podría ser coautor, si tales aportes espirituales ponen de acuerdo las actividades de diversos intervinientes, busca el objeto del hecho, etc. Analizando el supuesto del jefe de la banda, dice que determina los objetos del hecho

y la forma de ataque, aún cuando no tome parte en la ejecución, será coautor. En este punto contrapone su posición a la de Roxin, sosteniendo que tanto en el caso *Stachinskij* como en los crímenes del Holocausto, quienes “movían los hilos”, quienes actuaban de coordinadores pero no ejecutaban los hechos por sí mismos, también son coautores de asesinato. (Jakobs, 1997, p. 753).

Por último, critica también a la doctrina dominante al requerir que el aporte deba ser “esencial” o “relevante” o “presupuesto de la realización del resultado” –como lo hace Roxin–, en tanto considera que significa un retroceso problemática a la antigua teoría objetivo-material. No desconoce que cuanto más se aproxime una aportación a la acción ejecutiva, más poder configurador puede tener. Incluso afirma que “quien está presente en el lugar del hecho y refuerza al ejecutor en sus planes, no es coautor sólo por eso, sino porque el reforzamiento es necesario [...] y contribuye a configurar el aspecto del hecho” (Jakobs, 1997, p. 752).

Al analizar el supuesto controvertido de un gran número de intervinientes en acciones paralelas dirigidas a ejecutar un único resultado delictivo, afirma Jakobs que se deben analizar los aportes a la configuración del hecho y su influjo sobre las acciones de los demás para alcanzar la configuración conjunta del hecho. Señala que:

coautores pueden serlo también los intervinientes que influyen en la acción mediante la configuración conjunta coordinada, aun cuando, de haberse apartado ellos, los habrían reemplazado otros, ya que al fin y al cabo han configurado realmente. Sin embargo, si –dado un número suficientemente elevado de partícipes– el que uno de ellos dejara de intervenir sólo habría modificado a lo sumo circunstancias secundarias, su colaboración es superflua, pues una organización completa no se puede seguir completando, de modo que entonces no ha tenido lugar una configuración conjunta (Jakobs, 1997, p. 754).

### 3.4 Críticas a la tesis de Jakobs

En líneas generales, la doctrina critica la posición de Jakobs sobre la intervención delictiva señalando que resulta demasiado amplia, peligrosamente cercana a posiciones dogmáticas largamente criticadas y que se consideraban hoy ya superadas. Righi (2013) se pregunta si la postura de Jakobs en la coautoría –basada en la distinción entre la responsabilidad del autor por su propia organización o con fundamento en relaciones institucionales– no podría considerarse un nuevo concepto unitario de autor (p. 380).

Zaffaroni (2005) por su parte afirma que con la tesis de Jakobs se asiste a una enorme expansión del concepto de autor, ya que según esta teoría funcionalista “todo

causante que viola roles es autor, y sólo en base a los diversos niveles de deberes de comportamiento y de grados de apremio se procura una distinción, con lo cual se regresa a la idea de que la participación es una autoría privilegiada” (p. 607).

Pero sin lugar a dudas, el teórico más crítico de las posiciones de Jakobs ha sido el propio Roxin, quien le ha dedicado numerosas páginas –y algunas conferencias– al contrapunto con su colega alemán. Sin perjuicio de las críticas generales sobre su conceptualización de la autoría, sobre la coautoría –más allá de la interpretación distinta que hace del § 25 del CP alemán–, Roxin cuestiona la *resolución de adaptación o ajuste* de la tesis de Jakobs. Reafirma que sólo un acuerdo expreso o tácito puede conducir a una actuación conjunta, más allá de que el poder de configuración del hecho, en el caso concreto, haya sido muy elevado (Roxin, 2014, p. 172-173).

Por nuestra parte, si bien no coincidimos con todos los postulados de la tesis de Jakobs, creemos que algunos puntos de su análisis resultan útiles para explicar ciertos aspectos manifestados en los fenómenos de macrocriminalidad estatal. Por ello, algunos de los razonamientos señalados aquí se puntualizan en la propuesta ofrecida en el último capítulo.

#### **4. La coautoría en el Derecho Penal Internacional: la teoría de la Empresa Criminal Conjunta**

##### **4.1 Origen y definición de la ECC**

Luego de los atroces crímenes cometidos por el nazismo en Europa, una de las principales preocupaciones de las potencias vencedoras ya finalizada la segunda guerra mundial –además del mantenimiento de una tensa y frágil paz– fue la de impulsar procesos judiciales para ajusticiar a los responsables del genocidio más atroz que conociera el mundo contemporáneo. Los diferentes juicios celebrados en los tribunales militares de Núremberg y Tokyo sentaron bases jurídicas fundamentales para el mantenimiento de la paz a través de la justicia, dando nacimiento a un Derecho Penal Internacional que con el correr de las décadas ha ido cobrando cada vez más vigor. En ese camino de construcción de un sistema de justicia universal, los desarrollos jurídicos de los tribunales internacionales *ad hoc* creados por las Naciones Unidas para el juzgamiento de los crímenes cometidos en los territorios de Ruanda y de la ex Yugoslavia fue decisiva.

La teoría de la Empresa Criminal Conjunta, designada comúnmente a través de sus siglas ECC o –en inglés– JCE, tuvo su origen precisamente en el marco de los procesos judiciales llevados a cabo por aquellos tribunales *ad hoc*. Se trata de una construcción que ha servido como pilar teórico en la atribución de responsabilidad individual –tanto en los planos horizontal como vertical– en casos de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Sin perjuicio de que la ECC nació más como una creación pretoriana que como una construcción dogmática, su estudio ha tenido una gran repercusión en la doctrina penal e incluso en la jurisprudencia de otros tribunales. Sin embargo, en el ámbito del DPI, esta aplicación no es unánime, en tanto la construcción de la coautoría que ha hecho en sus sentencias la Corte Penal Internacional –por ejemplo– no ha continuado la tradición de recurrir a la ECC sino al codominio funcional del hecho de Roxin (Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 65)

Las raíces jurídicas de la ECC pueden hallarse en la doctrina de la *joint enterprise* o del *common design/purpose/pursuit* del *common law*, que surgió para hacer frente a las restricciones de la coautoría tradicional de ese entonces, en que no existía imputación recíproca de los aportes. Al entender la coautoría sólo en función de la causalidad de la acción para la realización del tipo, la doctrina inglesa de la *joint enterprise* exigió la existencia de un plan común y, como consecuencia, atribuía recíprocamente a los intervinientes todos los riesgos reales y previsibles de la comisión conjunta del hecho. Sin embargo, en su aplicación, esta teoría aún era considerada como una forma de responsabilidad accesoria y no como un tipo de coautoría que diera lugar a responsabilidad principal (Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 73).

La ECC surge a fines de la década del noventa, en la sentencia de apelación del caso *Tadić*<sup>63</sup> dictada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y como una interpretación de lo establecido en su estatuto.<sup>64</sup> El propósito del TPIY fue superar las dificultades probatorias que normalmente se presentan en los hechos macrocriminales –graficado por Nozick con la noción de “manos múltiples” (Nino, 2015, p. 261)– y a su vez aprehender en forma suficiente el contexto colectivo, generalizado y sistemático de

---

<sup>63</sup> TPIY, sala de apelaciones, *Prosecutor v. Tadić*, sentencia del 15/7/1999.

<sup>64</sup> El estatuto del TPIY establece en su artículo 7.1 sobre la responsabilidad penal individual que “quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”.

la comisión de estos crímenes (Ambos, 2008, p. 136; en igual sentido, Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 77). Si bien en sus comienzos el TPIY no dejó claro si la nueva doctrina se trataba de una forma de autoría o de complicidad –ya que empleó ambos conceptos–, en la decisión del caso *Milutinović*<sup>65</sup> se dejó establecido que todas las formas de la ECC constituyen formas de coautoría (Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 77).

La ECC tiene una fuerte impronta subjetiva, en tanto lo relevante para formar parte de una empresa criminal es la voluntad del coautor de que el delito sea cometido, con independencia de sus contribuciones objetivas y concretas para la ejecución del hecho. En este punto radica precisamente la principal diferencia de esta teoría con el dominio funcional del hecho, en tanto los postulados de Roxin requieren que el coautor realice una contribución esencial durante la fase ejecutiva. La ECC no exige que las contribuciones de los autores al hecho sean esenciales o trascendentes, bastando sólo que estas existan.

De acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia y la sistematización realizada por la doctrina, se reconocen tres tipos de ECC:

**a.** la forma *básica* –ECC I–, en la que los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un designio o iniciativa común y con una intención común. Si analizáramos, por ejemplo, un homicidio tendríamos que si todos los intervinientes comparten el objetivo de matar a la víctima pero han realizado aportes materiales disímiles –conducir a la víctima al lugar de la ejecución, sostenerla o efectuar el disparo–, todos serán considerados coautores bajo esta categoría. Según veremos, el aspecto objetivo de la ECC I ha sido analizado por doctrina y jurisprudencia con diferentes alcances.

**b.** la forma *sistemática* –ECC II–, que aborda los denominados sistemas organizados de tratamiento inhumano –como son los campos de concentración–. En esta categoría, los crímenes son cometidos por cuerpos militares o de alguna fuerza de seguridad o de tipo administrativo sobre la base de un plan común –*common purpose*–. La imputación tendrá lugar siempre que logre probarse que el sujeto conocía lo que ocurría a las víctimas y que de todas formas continuaba cumpliendo funciones en el lugar de manera voluntaria.

---

<sup>65</sup> TPIY, sala de juicio, *Prosecutor v. Milutinović*, sentencia del 25/03/2003, párr. 20 y 31.



c. Por último, la forma denominada *extendida o amplia* –ECC III–, en la que los autores materiales toman parte en actos que exceden el plan común pero que siguen constituyendo una consecuencia natural y previsible de la realización del plan. Según la jurisprudencia, sólo tendrá lugar de existir una ECC básica o sistémica.<sup>66</sup>

Odriozola-Gurrutxaga (2015) no ve mucha claridad en la distinción entre la ECC I y la ECC II, señalando varias semejanzas que incluso podrían hacer pensar que ambas categorías podrían agruparse bajo una sola (p. 78). Por su parte, Olásolo (2013) entiende que las variantes básica y sistémica son aplicables a los delitos base o centrales de la ECC, definiéndolos como aquellos que constituyen una parte integral del plan común, en tanto su comisión es el fin último o el medio para alcanzarlo. Así, la variante sistémica sería una subcategoría de la primera, sólo aplicable cuando el plan común consiste en el establecimiento y/o desarrollo de un sistema organizado de maltrato. En cuanto a la variante extendida, es aplicable a los delitos previsible o adicionales, aquellos que van más allá del plan común –ya que no forman parte de éste– pero que desde una perspectiva objetiva son una consecuencia natural y previsible de su ejecución (p. 307).

Desde una mirada distinta, Ambos (2008) no ve inconvenientes en la sistemática de la clasificación, destacando los elementos configurativos de cada categoría (p. 138-139). Tampoco Cassese, quien además reafirma la autonomía de la ECC II frente al resto de las categorías, señalando de todas formas que para atribuir responsabilidad no será suficiente cualquier contribución, sino que debe tratarse de una tarea indispensable para el cumplimiento de los fines de la institución (Cassese, 2008, p. 200 –citado en Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 79–).

## 4.2 Requisitos

En cuanto a los requisitos para su procedencia, como toda forma de intervención delictiva del DPI se requieren elementos objetivos –*actus rea*– y subjetivos –*mens rea*–. Desde el aspecto objetivo, la jurisprudencia ha estimado que son los mismos en las tres categorías, requiriendo la pluralidad de personas, la existencia de un plan, designio o propósito común y la intervención del imputado en la ECC a través de cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución en el propósito común.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> TPIY, sala de juicio, *Prosecutor v. Kvočka*, sentencia del 2/11/2001.

<sup>67</sup> Para un detalle completo de esta jurisprudencia, ver Olásolo (2013), p. 310 y ss.

a. *Pluralidad de personas*: en tanto se trata de una característica particular de los fenómenos macrocriminales, estará presente en la mayoría de los casos. No es necesario que conformen una estructura organizada ni que cada individuo esté identificado, siendo suficiente con que se identifique el grupo u organización al que pertenecen.

b. *Plan, designio o propósito común*: requiere la existencia de un plan criminal común que implique la comisión de uno o varios crímenes. Se trata ni más ni menos que de un acuerdo entre los individuos que pretenden la comisión del delito o que lo consideran como el medio para alcanzar su fin último, todos los que deben ser punibles. Además, no es necesario que el plan haya sido previamente formulado, ni que éste sea expreso, siendo suficiente un acuerdo tácito (Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 87-88; Olásolo, 2013, p. 311).

c. *Intervención del imputado en la ECC*: los aportes pueden darse a través de acciones u omisiones, no requiriéndose su presencia en el lugar cuando los ejecutores cometen el delito. Además, su aporte no necesita ser esencial, resultando suficiente una contribución al menos significativa. En este punto reside la diferencia crucial entre la ECC y la doctrina de Roxin del codominio funcional –que requiere aportes esenciales–, caso contrario no será posible la atribución recíproca de responsabilidad. Así, tendrá el dominio del hecho sólo quien realice una colaboración que se considere *ex ante* como esencial y de la que dependa el éxito del plan (Roxin, 2014, p. 157).

Según esta doctrina, una forma de contribuir a la ECC será mediante aportes de tipo materiales que contribuyan al objetivo final. Pero también pueden existir otros tipos de intervención, como cuando el interviniente no está presente en el momento en que los autores directos cometen el delito. Al analizar la doctrina de diversos fallos de los tribunales *ad hoc*, Olásolo (2013) es de la idea que la atribución de responsabilidad bajo la ECC por crímenes cometidos “lejos de su presencia” será en definitiva una cuestión de prueba, por lo que no resultaría acertado descartarlo de plano. Citando lo decidido por el TPIY en el caso *Kvocka*,<sup>68</sup> estima que –por ejemplo– puede excluirse automática la

---

<sup>68</sup> TPIY, sala de apelaciones, *Prosecutor v. Kvocka et. al.*, sentencia del 28/02/2005, párr. 79-82. Explica Olásolo que “la sentencia de primera instancia en el caso *Kvocka*, excluyó la responsabilidad penal del acusado por delitos cometidos antes de su llegada al centro de detención de Omarska y con posterioridad a su partida del mismo [...] conclusión [que] no fue revocada por la Sala de Apelaciones, porque consideró que se trataba de una conclusión de hecho basada en la prueba producida por la Fiscalía en el juicio oral, y que la propia Fiscalía había decidido no apelar” (p. 316).

responsabilidad del director de centro de detención por aquellos crímenes cometidos allí mientras él no estaba presente (p. 316).

Si bien los requisitos objetivos son iguales para todas las categorías, los extremos subjetivos son diferentes en cada una de ellas. Así, la ECC I requiere la intención –*intent*– en cada interviniente y que además sea compartida por parte de todos los coautores; la ECC II requiere el conocimiento personal de todo el sistema criminal, y la ECC III requiere la intención del autor de participar en el propósito criminal y además de contribuir a la comisión del crimen para el grupo (Ambos, 2008, p. 139-140).

En cuanto a los niveles de intervención, Ambos explica que la jurisprudencia internacional ha aclarado que los ejecutores directos no tienen que pertenecer necesariamente a la ECC I, siendo factible que los mandes superiores –es decir, las cúpulas de los regímenes totalitarios– formen entre ellos una ECC y que para la ejecución de los crímenes utilicen ejecutores que no formen parte de esa ECC sino de otra paralela. Sin embargo, para imputar los hechos de estos autores materiales externos –como los llama Ambos– a los miembros de la ECC en cuestión, será imprescindible probar el vínculo de sus actos con –cuanto menos– un miembro de la ECC y además que actuó en base a un plan común (Ambos, 2008, p. 139).

### 4.3 Críticas a la ECC

La teoría de la empresa criminal conjunta ha sido objeto de numerosas críticas. Una de las principales objeciones que se le hace es la de abordar la coautoría desde una perspectiva demasiado subjetiva y, como contracara, ser demasiado flexible en cuanto a los requisitos objetivos. Odriozola-Gurrutxaga (2015) ha señalado al respecto que:

en la práctica, los tribunales *ad hoc* han exigido menos al coautor (miembro de una ECC) que al partícipe: al centrar el criterio de distinción entre coautoría y participación en el tipo subjetivo, dejan de lado el criterio objetivo del nivel de contribución requerido en cada caso, y exigen para el partícipe contribuciones que tengan un “efecto sustancial” en la comisión del crimen, mientras que el coautor sólo debe haber llevado a cabo actos (de cualquier tipo) que “de alguna manera” estén dirigidos a promover el plan o propósito común (p. 71).

Díaz y García Conlledo (2017) –quien, en general, es crítico de la aplicación de la coautoría para los crímenes cometidos en el marco de un aparato organizado de poder– critica la ECC en cuanto a la imputación de responsabilidad de los superiores y por las

actuaciones en grupo. Objeta de la ECC –a la que observa como “afortunadamente en declive”– que para configurar coautoría se desprenda de la entidad de los aportes (p. 517).

Analizada la doctrina desde la perspectiva de las garantías del debido proceso, Ohlin (2018) considera que la ECC viola el principio de culpabilidad –*nullem crimen sine culpa*– en tanto considera que la responsabilidad penal individual debe coincidir con la medida de la culpabilidad. Considera insuficiente el requisito mínimo de esta doctrina de requerir *algún tipo* de culpabilidad, siendo que la medida de culpabilidad debe ir en consonancia con la intervención concreta del acusado en los crímenes por lo que, concluye, la ECC falla precisamente en la contención que otorga el principio de proporcionalidad (p. 4). Una de las posibles explicaciones que encuentra a esta extrema flexibilidad son los problemas de tipo probatorios que se presentan en los casos de macrocriminalidad, lo que ciertamente no podría erigirse como justificación renunciar a ciertas garantías básicas. Señala acertadamente que:

no se puede justificar la falta de determinación individual de culpabilidad implícita en la doctrina de la ECC simplemente argumentando que sería muy difícil hacer una cosa distinta. La honestidad teórica y judicial demanda que primero se debe desarrollar una doctrina más matizada de la criminalidad conjunta y luego, secundariamente, encontrar vías para mitigar cualquier carga probatoria extrema que esta doctrina podría imponer en la acusación (Ohlin, 2008, p. 4 –traducción propia–).

Como solución a estos inconvenientes propone una redefinición de la doctrina de la ECC que permita una graduación de los niveles de responsabilidad –y de sanciones penales– para los distintos intervinientes, de acuerdo a los diferentes grados de participación en los hechos, con especial énfasis en el análisis de las posiciones superiores –*top-down*– e inferiores –*bottom-up*– de la organización criminal (Ohlin, 2008, p. 4-6).

La doctrina internacional ha expuesto también otras críticas, que aquí meramente enumeramos: la insuficiencia del denominado estándar de previsibilidad de la ECC III; la incompatibilidad entre la doctrina de la ECC III y los delitos que requieren *dolus specialis* –como el delito de Genocidio– y la dificultad en la aplicación conjunta de las teorías de la ECC y de la responsabilidad del superior.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> El tratamiento en profundidad de estas críticas puede verse en Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 96.

#### 4.4 ¿Puede aplicarse la ECC en investigaciones de crímenes internacionales en el ámbito interno?

Abordar este interrogante requiere previamente una mínima referencia a la naturaleza del Derecho Penal Internacional y a su aplicación en el derecho interno. Como señala Werle (2011), el DPI obliga a los Estados bajo ciertas condiciones a perseguir los crímenes internacionales, pero la decisión acerca de cómo cumplir con esta obligación – por ejemplo, sobre qué tipos penales emplear– queda a criterio de los propios Estados. Sin embargo, el espíritu e intención de las obligaciones que éstos asumen soberanamente en materia de justicia penal internacional es que, en el ámbito doméstico, queden en iguales –o mejores– condiciones que los tribunales penales internacionales para perseguir y sancionar adecuadamente los crímenes internacionales, de cara al cumplimiento de uno de sus objetivos principales que es acabar con su impunidad (Werle, 2011, p. 75-76).

En este sentido, uno de los principios fundamentales del DPI es su complementariedad, lo que significa que la jurisdicción penal internacional no sustituye a la jurisdicción penal nacional, sino que la complementa. Este principio fue incluido en el Estatuto de Roma como eje del sistema de justicia penal universal y de la actuación de la Corte Penal Internacional. Si bien refiere específicamente a la posibilidad de persecución y juzgamiento de los crímenes internacionales, ello –entendemos– no obsta a que se aplique también en otras cuestiones que hacen al núcleo de estos procesos y que han ido fortaleciendo la parte general del DPI.

Según señaláramos al comienzo, la decisión sobre el grado de intervención en los crímenes resulta de suma importancia para un cumplimiento cabal de las obligaciones internacionales en materia de macrocriminalidad estatal, lo que nos obliga a no descartar tan fácilmente la importancia de las construcciones teóricas que –con aciertos y errores– pueden brindar pautas útiles para el juzgamiento de esos crímenes. En sentido inverso, Ambos reconoce que los postulados doctrinarios de la dogmática jurídico-penal no pueden trasladarse sin más al DPI, ya que el foco de los casos que se analizan bajo dichos cristales resultan diferentes, en particular la naturaleza de los crímenes internacionales y la calidad y forma de los aportes de los responsables (Ambos, 2008, p. 153). Sin embargo, el propio Ambos propone una adaptación en la materia, al señalar que:

el sistema tradicional de atribución de responsabilidad que se aplica a la criminalidad ordinaria (caracterizada por la comisión individual de los crímenes) debe ser adaptado a las necesidades del Derecho penal internacional, apostando por

el desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el que la empresa u organización criminal sirvan como objetivos de referencia de la imputación. La doctrina jurídico-penal lo ha denominado como “principio de imputación al hecho conjunto” (“*Zurechnungsprinzip Gesamttat*”), esto es: una teoría de atribución de responsabilidad a través de la cual el hecho total, o global (empresa criminal), constituye el objeto central de la imputación (Ambos, 2008, p. 184).

Siguiendo estos lineamientos, a pesar de que ciertas doctrinas del DPI no podrán aplicarse –sin más– a los procesos penales domésticos respecto de crímenes internacionales, creemos que desde una perspectiva estrictamente jurídica resulta posible –además de bastante útil– que haya una suerte de retroalimentación o complementariedad entre ambos sistemas. Ello con el fin de asegurar una mejor aprehensión de los fenómenos macrocriminales y la obtención de resultados que garanticen cabalmente el cumplimiento de la justicia y de las garantías del debido proceso, pilares comunes de ambos sistemas.

Con este trasfondo, creemos que la doctrina de la empresa criminal conjunta puede resultar una herramienta útil para comprender las relaciones entre los diversos actores que intervienen en los fenómenos macrocriminales. En particular, aportando algunos criterios interesantes para discernir los distintos niveles de responsabilidad, aunque limitados por las regulaciones de la parte general del derecho penal doméstico en cuestión. No obstante, habrá que continuar mejorando las bases dogmáticas de algunos aspectos de estos postulados, adecuándolos a los criterios teóricos que la ciencia penal tiene para ofrecer.

#### 4.5 La doctrina de la ECC en la jurisprudencia nacional

En la jurisprudencia reciente en materia de lesa humanidad hallamos un precedente que en cierta forma aplica la doctrina de la ECC. Se trata de la sentencia de alzada en la denominada causa ESMA –Escuela de Mecánica de la Armada– dictada por la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el juez Pedro David, quien precisamente –entre 2005 y 2011– cumplió funciones como juez *ad-litem* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

Luego de un proceso judicial que duró varios años, el debate oral que se llevó adelante en la causa ESMA finalizó en octubre de 2011 con un veredicto que condenó a numerosos actores de la represión ilegal, en particular por los crímenes cometidos por los grupos de tareas y por los denominados vuelos de la muerte, todos vinculados con ese

centro clandestino –tal vez el más grande y emblemático que funcionó en Argentina–.<sup>70</sup> El tribunal también absolvió a tres de los imputados –dos por todos los hechos y uno respecto de ciertos casos–, argumentando que no se había logrado probar que hubieran tenido vinculación con los crímenes que se cometieron en ese lugar o aquellos dirigidos y/o ejecutados por individuos pertenecientes la Armada.

Analizados los recursos de casación de las partes, la Cámara confirmó las condenas y anuló las absoluciones dictadas por el tribunal de juicio, ordenando su reenvío para el dictado de una nueva sentencia.<sup>71</sup> En el análisis del agravio presentado por las defensas sobre la lejanía de los imputados respecto del lugar donde ocurrieron los hechos, del juez David –a cuyo voto preopinante adhirieron sus colegas– se refirió a los alcances de la ECC, en particular acerca del requisito de la dirección específica.

Haciendo uso de la jurisprudencia de la sala de apelaciones del TPIY en el caso *Perišić*, el fallo desestimó la postura de las defensas que habían señalado que no se había probado que las acciones de los imputados habían estado dirigidas específicamente a su ejecución por lo que –sostenían– no resultaban responsables de los crímenes atribuidos. En este caso, la sala había dicho que para la atribución de responsabilidad, además de los requisitos objetivos y subjetivos, se requería probar otro extremo objetivo: la posibilidad del imputado de dirigir en forma específica los crímenes cometidos.

El juez David se explayó sobre los orígenes, requisitos, fundamentos y evolución de la doctrina de la ECC.<sup>72</sup> En lo que aquí interesa, ratificó que sin perjuicio de lo sostenido por la sala de apelaciones en *Perišić*, la dirección específica no integra los requisitos de la ECC, por lo que no es necesario demostrar dicho extremo para atribuir responsabilidad a un imputado que al momento de la comisión de los crímenes se encontraba geográficamente distante del lugar de su ejecución. Añadió que luego, la sala de apelaciones corrigió la desviación doctrinal del caso *Perišić* –en los casos *Šainović* y *Blažević*– al expresar que la “dirección específica” no es un elemento del derecho penal internacional consuetudinario, decidiendo que no se requería demostrar que los actos del

---

<sup>70</sup> Tribunal Oral Federal n° 5 de Capital Federal, causa n° 1270 y acumuladas, “*Donda, Adolfo Miguel y otros*”, sentencia del 26/10/2011.

<sup>71</sup> CFCP, sala II, causa n° 15496, “*Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación*”, sentencia del 23/04/2014.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 483.

imputado estuvieran específicamente direccionados a asistir o prestar apoyo moral a los crímenes cometidos por el ejército.

En síntesis, la CFCP apeló a la doctrina de la ECC y –sobre la base de sus requisitos– rechazar los agravios de la defensa, al descartar en particular el alegado requisito de la dirección específica, reafirmando de esta forma la atribución de responsabilidad efectuada por el tribunal y anulando además las absoluciones, respecto de los crímenes cometidos por el aparato organizado de poder de la ESMA. Cabe señalar que la Corte Suprema –en mayo de 2015– convalidó el fallo dictado por la Cámara de Casación, a través de una serie de pronunciamientos dictados en la causa mediante los que rechazó los distintos recursos extraordinarios presentados por los imputados.<sup>73</sup> Algunos sectores han visto en el rechazo de la Corte una convalidación tácita de la aplicación de la ECC –en términos amplios– en nuestro Derecho.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Causas n° CSJ 3871/2014, 3729/2014, 3729/2014, 3687/2014, 3701/2014, 3702/2014, 3700/2014/RH1 y 3688/2014, resoluciones del 12/05/2015.

<sup>74</sup> Durante el debate de la causa *ESMA unificada* –desprendimiento de la primera y la causa de mayor envergadura de la historia judicial argentina (se ventilaron 789 hechos respecto de 59 procesados) y posterior a estos fallos de la CSJN– el Ministerio Público Fiscal y las partes querellantes argumentaron durante sus alegatos que la ESMA “funcionó como una empresa criminal conjunta”. Al respecto, ver Infojus <http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/la-esma-fue-una-empresa-criminal-conjunta-dijo-la-fiscal-soiza-reilly-9209.html> También: Dandan, Alejandra. “La empresa criminal conjunta” (2015), nota periodística publicada en el diario Página 12, donde la periodista –especializada en temas de lesa humanidad– afirma que luego del fallo de la casación –ratificado por la CSJN– hay certezas para denominar el funcionamiento de la ESMA bajo los parámetros de la ECC. Disponible en formato digital en <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-273731-2015-05-29.html> [consultas efectuadas el 7/11/2018].



## CAPÍTULO CUARTO

### **CODOMINIO FUNCIONAL Y MACROCRIMINALIDAD ESTATAL: UNA PROPUESTA TEÓRICA PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A JUECES Y FISCALES POR MEDIO DE LA COAUTORÍA**

#### **1. El sentido jurídico-penal y criminológico de la coautoría en contextos de macrocriminalidad estatal**

El análisis de las modalidades de ejecución de la criminalidad masiva organizada y llevada a la práctica desde el Estado –como son los crímenes de lesa humanidad– evidencia un entramado de relaciones delictivas muy complejo, que dificultan enormemente la tarea de determinar las responsabilidades penales individuales. Señala Simón que este tipo de fenómenos se caracterizan –en general– además de la intervención numerosa de sujetos, por el anonimato, por una elevada disposición criminal de los responsables y por una marcada desorientación normativa de los victimarios, lo que obstaculiza enormemente las tareas de investigación (Simón, 2014, p. 8). Si estas dificultades intrínsecas en desentrañar este tipo de fenómenos de criminalidad a gran escala le sumamos un cierto embrollo teórico de la doctrina –que lejos está en ponerse de acuerdo sobre la intervención delictiva en este tipo de crímenes– y una aplicación desordenada, carente de fundamentos sólidos y poco homogénea de la jurisprudencia, se corre un serio riesgo de terminar perdidos en un verdadero laberinto.

En ese contexto, uno de los modelos teóricos posibles es el que plantea un análisis diferenciado en dos niveles de responsabilidad distintos: un nivel vertical, para fundar la responsabilidad de los superiores y uno horizontal, para explicar –en mayor medida– los vínculos entre los ejecutores directos y su atribución de responsabilidad. El nivel vertical está caracterizado por relaciones de subordinación entre quienes ostentan un efectivo

poder de mando sobre ciertos organismos y sus integrantes, lo que les permite ejecutar los crímenes instrumentalizando a otros sujetos, que abundan en la organización y que – con plena responsabilidad y gran disponibilidad– ejecutan de propia mano los designios criminales de las cúpulas. Se trata del enfoque denominado también *modelo top-down*,<sup>75</sup> perspectiva que, a raíz del proceso judicial contra Eichmann, despertó en Roxin las inquietudes que lo llevaron a formular la tesis del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, forma de dominio del hecho que fundamenta la responsabilidad de los mandos superiores.

Sin embargo, puesto el foco en el plano horizontal, tendremos un sinnúmero de contribuciones delictivas de distinta naturaleza y que, empero, no pueden ser explicadas –léase, fundadas jurídico-penalmente– a través de la autoría mediata construcción de Roxin, lo que obliga a acudir a otras formas de dominio. Según indicamos, Roxin se ocupó de estudiar las relaciones verticales evidenciadas en contextos de macrocriminalidad, pero más que nada orientando sus esfuerzos en fundar la responsabilidad penal de los superiores, sin extender dicho análisis al plano horizontal. Por nuestra parte, creemos que –en una suerte de concesión tácita de Roxin– en ese plano delegó esa fundamentación en el codominio funcional, es decir, en la coautoría. Tal como señalamos antes al analizar esa doctrina, no sólo la jurisprudencia argentina ha hecho una aplicación muy extendida del codominio funcional sino que también ha sido utilizada ampliamente por los tribunales penales internacionales – en especial por la CPI–.

En esa misma línea creemos que en el plano horizontal, la atribución de responsabilidad penal a través de la coautoría reúne mas virtudes que defectos. Ello en tanto, en primer lugar, logra ser un reflejo teórico bastante fiel de lo que sucede en los fenómenos macrocriminales. Es decir, logra una aprehensión bastante correcta de la dinámica de la macrocriminalidad estatal –de los aparatos organizados de poder–, en los que el éxito de las tareas represivas radica en la cooperación de múltiples sujetos que desde ámbitos diferentes –no sólo el militar, policial o incluso funcional– logran contribuir a la conformación de ese hecho colectivo.

Los tribunales internacionales intentaron esta aprehensión del hecho macrocriminal como suceso global o total a través de la doctrina de la Empresa Criminal

---

<sup>75</sup> En el modelo *top-down*, la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización en la medida en que aumenta la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del nivel de mando (Ambos, 2005, p. 228).

Conjunta, tesis que tiene como resultado un enfoque fenomenológico correcto pero a través de fórmulas jurídicas con algunas falencias, perfectibles, en definitiva, aún en desarrollo. No obstante, el sentido de lo que se intenta transmitir mediante el empleo de la ECC se comprende sin mayores dificultades: el éxito de una determinada empresa macrocriminal organizada radicará no sólo en la cantidad de aportes sino, tal vez más importante aún, en la naturaleza diversa de éstos.

Desde otro ángulo, los peligros de esta aproximación podrían radicar en que la atribución de responsabilidades –sobre todo en los niveles inferiores– se diluyan. En este sentido, con bastante frecuencia puede observarse en los procesos judiciales por violaciones masivas a derechos humanos que una de las defensas más comunes de los imputados es la de desvincularse de la ejecución directa de los hechos, sosteniendo que no mataron, no torturaron, no secuestraron, no violaron, etc. Por el contrario, intentan direccionar su responsabilidad ya sea a los superiores o a otros miembros del aparato, en un mismo plano horizontal. Al analizar los procesos de justicia transicional post-dictadura, Nino (2015) –advirtiendo esta circunstancia– apela a la noción de “manos múltiples” que Nozick cita en *Anarquía, Estado y Utopía* (1974) –según la que, si la responsabilidad estuviese contenida en algo parecido a un balde, a medida que más gente comparta lo que hay en el balde, menos de ese contenido sería atribuible a cada persona– para rechazar cualquier intento de diluir responsabilidades. Al igual que Nozick, rechaza esa posición, afirmando que:

la participación de varios no disminuye por sí misma la culpa moral si cualquiera de ellos separadamente hubiera producido el resultado final. La responsabilidad se acentúa si cada participante sólo contribuyó parcialmente al resultado final, lo que no hubiera ocurrido si no hubiera sido por la contribución de los otros. La responsabilidad puede aumentar si uno ha elegido unirse a una empresa especialmente peligrosa dado el número [y calidad, agregamos nosotros] de los participantes (Nino, 2015, p. 261-262).

No obstante, se inclina por no hacer distinciones entre los diversos niveles de intervención y adoptar para todos la coautoría. Al referirse a los comandantes juzgados en el juicio a las juntas, Nino critica la solución de la autoría mediata escogida por el tribunal para fundar el grado de intervención de las cúpulas, señalando que según su criterio “eran meros autores, junto con la gente que físicamente secuestró a las personas o las mató o las violó” y que al no haberse evidenciado en las modalidades de ejecución de los crímenes una interrupción en la cadena causal por un acto voluntario ulterior, “la teoría de la coautoría hubiera sido suficiente” (Nino, 2015, p. 264).

Si bien no compartimos la crítica que Nino hace a la aplicación de la tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, lo que resulta interesante de su posición –además de la prédica en favor de la coautoría– es que luego incluye en ese esquema de atribución no sólo a las conductas comisivas sino también a las intervenciones omisivas, en especial cuando haya mediado un deber positivo de actuar para prevenir un resultado determinado. Refiriéndose específicamente a la comisión por omisión –omisión impropia– apunta los requisitos que a su juicio deben reunirse para la atribución de responsabilidad: a) que el resultado cuya concurrencia es relevante para la aplicación de la acción típica haya sucedido; b) la omisión del agente y c) que la realización de la conducta debida por el agente hubiera prevenido que se produjera ese resultado lesivo (Nino, 2015, 264-265).

Otros abordajes más recientes de estos procesos también han destacado la dimensión y naturaleza variopinta de las contribuciones a las tareas represivas del terrorismo de Estado. En su estudio sobre la causa de los ex magistrados federales de Mendoza –el proceso de mayor trascendencia que se ha llevado en Argentina hasta el momento sobre la intervención del Poder Judicial en crímenes de lesa humanidad–, Salinas parece concluir que todos los extremos de la coautoría estarían satisfechos, aunque se inclina finalmente por sostener la participación primaria, encuadre que tanto la fiscalía como la querrela –de la que formó parte– escogieron durante ese debate para fundar la acusación. No obstante, opina que la garantía de impunidad con que la Justicia dotaba a las fuerzas represivas –que califica como un aporte esencial–, un juez o fiscal –dada su posición de garante– podría ser calificado como “autor directo inmediato de un delito de comisión por omisión” (Salinas, 2017, p. 164).

En conclusión, luego de haber analizado en el apartado anterior los alcances y los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia señalan para la coautoría y haber razonado sobre las especiales características de la macrocriminalidad estatal, creemos que existen buenos argumentos para asegurar que gran parte de las conductas delictivas llevadas a cabo por jueces y fiscales durante el terrorismo de Estado pueden ser calificadas a través de la coautoría. La solución teórica que aquí proponemos requerirá previamente un análisis del tipo de la comisión por omisión, en tanto uno de los desafíos del encuadre formulado será la atribución de los resultados lesivos de los delitos de dominio a través de esa figura. Una vez aclarado ese aspecto, se aborda la calificación de la coautoría

mediante el codominio funcional en contexto de macrocriminalidad estatal. Finalmente se ofrece un panorama jurisprudencial en relación con esta forma de encuadre legal.

## **2. La atribución de los resultados lesivos de los crímenes de lesa humanidad a jueces y fiscales a través de la comisión por omisión**

Para la propuesta teórica que aquí presentamos, el primer análisis estará centrado en determinar si existen bases jurídico-penales suficientes para atribuir a jueces y fiscales los resultados lesivos de los crímenes a través de la comisión por omisión. De acuerdo a la doctrina dominante, la configuración de la comisión por omisión requerirá, además de los extremos del tipo objetivo de las omisiones puras –una situación típica, la ausencia de una acción determinada y la capacidad para realizarla– tres requisitos adicionales que caracterizan el juicio de imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo (Mir Puig, 2018, p. 326-327).

En cuanto a los tres primeros, entendemos no habrá desacuerdos en considerar que están satisfechos. Así, la *situación típica* se encuentra en el juicio mismo de imputación objetiva que vincula la afectación de los bienes jurídicos determinados con las omisiones funcionales de los jueces y de los fiscales –los daños a la integridad física y psíquica, las muertes, etc. En cuanto a la *ausencia de una acción determinada*, se halla en las omisiones –conducta de “no hacer”– de proteger esos bienes al no impulsar las investigaciones, según señaláramos antes. Finalmente, sobre la *capacidad para realizar la acción debida*, nos remitimos al desarrollo que hicieramos de las normas de competencia que regulaban las funciones y los deberes de jueces y fiscales federales durante el período dictatorial.<sup>76</sup>

Ahora bien, justificar el segundo grupo de requisitos –es decir, los extremos propios de la comisión por omisión– resultará más complejo, pues ahí reside el meollo dogmático para la atribución de los resultados lesivos. En lo que sigue se analizan diversas posiciones teóricas en relación con la configuración y fundamentación de la comisión por omisión –en especial sobre la denominada la posición de garante– y su relación con los deberes que jueces y fiscales tenían durante la dictadura. Al final se ofrece una primera conclusión preliminar al respecto.

---

<sup>76</sup> Ver capítulo segundo, punto 1.6.

## 2.1 Los jueces y fiscales como garantes de la protección de los derechos humanos

Las normas desarrolladas al referirnos a los delitos de infracción de deber dejaron en claro que –en términos normativos– uno de los deberes funcionales más importantes que jueces y fiscales federales tuvieron durante el terrorismo de Estado fue el de proteger y garantizar los derechos humanos de la ciudadanía. Quedó establecido que, si tenían noticias directas sobre peligros inminentes a la vida, libertad o integridad física o psíquica de alguna persona, estaban obligados por esas normas a realizar investigaciones serias y eficientes para –primero– dar con el paradero de las víctimas y hacer cesar los crímenes que estaban padeciendo, para luego identificar a los responsables, procesarlos y eventualmente juzgarlos por esos delitos.

Señala Mir Puig (2018) que habrá posición de garante cuando corresponde a alguien una función específica de protección de un bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro. Al analizar los alcances de este deber de garantía, indica que no toda persona que omite evitar la producción de un resultado lesivo será castigado como si lo hubiera causado en comisión activa, en tanto esa obligación pesará sólo respecto de ciertas personas vinculadas mediante un deber de protección de bienes jurídicos específicos (p. 327-329). En el caso de los funcionarios públicos –y en particular los encargados de la administración de justicia– estos deberes de protección provendrían de los compromisos y obligaciones que poseen como delegados del poder público en una de las instituciones centrales del Estado. Sin embargo, la cuestión de si son suficientes para efectuar dicha atribución ha preocupado especialmente a la doctrina penal, que desde distintas perspectivas ha abordado esta discusión.

### a. *Posturas de Jakobs y de Roxin*

Al referirse a la regulación que el CP alemán hace acerca de la comisión por omisión,<sup>77</sup> Jakobs señala que este regula sólo el resultado de la complementación del delito de comisión con una variante omisiva, es decir la punibilidad, por lo que la fundamentación del injusto como infracción de un mandato de actuar será una tarea que corresponde a la dogmática (Jakobs, 1997, p. 952). Para ello –según su criterio– se

---

<sup>77</sup> El código penal alemán establece sobre la comisión por omisión en el § 13.1: “Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción [...]”.

requerirá además de la producción de un resultado lesivo –posible a través de una omisión–, la capacidad en abstracto del autor para evitar el resultado por medio de una acción y que éste sea titular de un deber de responder para evitar ese resultado, es decir, tener un deber de garante, delimitación que –dicho sea de paso– reconoce como “una de las tareas más difíciles de la Parte General” (p. 968).

Consecuente con su análisis del tipo comisivo, entiende que en la omisión impropia también existen deberes en virtud de responsabilidad por organización y en virtud de responsabilidad institucional, haciendo hincapié en que las normas no crean *ex nihilo* una posición de garante, sino que a lo sumo pueden aclarar los límites de la responsabilidad por la organización o de una institución determinada. Sobre esto último, Jakobs define a la institución apelando al sentido de las ciencias sociales, como la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida de una sociedad, que está sustraída a la disposición de los particulares y que más bien la constituye, razón por la que en este campo se esperan de cada sujeto obligado conductas positivas en la medida de su obligación (Caro John, 2003, p. 6-7).

Ahora bien, para la atribución de responsabilidad a través del delito de comisión por omisión, asigna a los *deberes genuinamente estatales* una doble dimensión: como obligación de actuar de las personas físicas que conforman las entidades ideales gubernamentales y, a su vez, como los deberes propios del Estado como persona jurídica (Jakobs, 1996, p. 1004, nota 149). Refiriéndose a la seguridad interna y externa como fines promordiales del Estado, considera que la policía es –por ejemplo– garante de prevenir delitos. En lo que aquí importa, Jakobs ubica a la administración de Justicia como una de las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho penal, ya que se trata de un *principio básico del Estado de Derecho*<sup>78</sup>. Concretamente señala que, desde una perspectiva de la legalidad y de la igualdad en el ámbito del monopolio de intervención del Estado:

[...] merecen mencionarse la sujeción a la ley de los jueces y de las demás personas llamadas a decidir o ejecutar, así como el principio de legalidad, tanto en la

---

<sup>78</sup> También Müssig (2002) –discípulo de Jakobs– refiere a las conductas esperables de los miembros de las instituciones diciendo que son la “garantía de la vigencia organizada del Derecho”, de forma tal que los portadores de dichos deberes actúan como garantes institucionales de los más altos bienes jurídicos de la sociedad. Ejemplifica ese deber de garantía citando precisamente el caso de los funcionarios judiciales –en particular jueces y fiscales– como encargados de la administración de Justicia (citado en Caro John, 2003, p. 7).

persecución penal como en el cumplimiento de las penas y la sujeción a la ley en cualquier otro comportamiento de intervención. Estos deberes de garante constituyen la contraprestación (*Synallagma*) por la renuncia al autoauxilio ilimitado (justicia privada) y por el deber de los ciudadanos de soportar intervenciones legales (Jakobs, 1996, p. 1009).

También Roxin –que, en general, tiene más desacuerdos que acuerdos con las posturas de Jakobs– coincide con su posición sobre los deberes institucionales. Destaca que ciertas relaciones institucionales de protección refuerzan la seguridad de la vida de la ciudadanía, citando el ejemplo de la policía que, al realizar sus tareas de vigilancia o patrullaje cumple con su deber de brindar seguridad a los ciudadanos. Esta obligación –sigue diciendo– resulta fundamental según el modelo de Estado democrático moderno cuyo fin primordial radica en la protección de las personas, más allá de sus propias posibilidades. Por tanto, ve un derecho subjetivo público a la intervención de la institución en situaciones de necesidad y que este derecho –para que no sea inútil– sea garantizado “mediante una posición de garantía penal” (Roxin, 2014b, p. 265-266).

En definitiva, según ambas perspectivas, con base en los deberes fundamentales de estas instituciones –que hacen a la esencia misma del moderno Estado de Derecho– se espera de sus integrantes un comportamiento ajustado a sus deberes de protección de bienes jurídicos, residiendo allí precisamente el fundamento de la posición de garantía de estos sujetos. De ello se desprende que el incumplimiento de esos deberes –es decir, no adoptar comportamientos a la altura de esos estándares– tendrá como consecuencia la atribución objetiva de los resultados lesivos que tales omisiones generen, en un plano equivalente al de la comisión.

#### **b. *Postura de Pawlik***

El catedrático alemán Michael Pawlik (2008) realiza un interesante análisis sobre la posición de garante de los funcionarios policiales en la prevención de delitos, lo que –ensayando un paralelismo entre éstos y los funcionarios judiciales– aporta criterios útiles para el estudio que aquí pretendemos. Parte de preguntarse si la omisión de un funcionario policial de impedir la comisión de un determinado delito puede ser suficiente para imputarle el resultado lesivo en comisión por omisión y –en caso afirmativo– bajo qué



fundamentos, indagando en particular sobre los alcances de una eventual posición de garante del policía<sup>79</sup>.

Destaca que si una determinada fuente de peligro que se debe controlar está sujeta al dominio jurídico del garante, en los casos en que esa fuente de peligro es una persona, el garante será solamente aquel sujeto a quien el ordenamiento jurídico le dé un poder especial para supervisarla y controlarla. A su vez, este deber de protección genera una dependencia del garante derivada de la incapacidad –total o parcial– del titular competente para protegerse (Pawlik, 2008, p. 7).

Pawlik considera que el fundamento del deber jurídico-penal que pesa sobre ciertos funcionarios está en el objetivo de protección de derechos que tiene el Estado, calificando esta obligación –de contraponerse a los abusos punibles de posiciones jurídicas de otros– como el *núcleo del núcleo de los cometidos estatales*. En definitiva, según su postura, un funcionario estará obligado a impedir un determinado delito cuando –desde la perspectiva de un observador objetivo ajeno a la función pública– en el caso concreto resulte un representante del Estado respecto de su función de impedir delitos –funcionario obligado de actuar preventivamente–, es decir, con competencia material y territorial para cumplir con ese cometido (Pawlik, 2008, p. 17-19).

### c. *Postura de Silva Sánchez*

Desde otra perspectiva, Silva Sánchez (2004) aborda la responsabilidad omisiva de los funcionarios penitenciarios, analizando en particular las condiciones para atribuir un determinado resultado lesivo a través de la comisión por omisión. Señala que la doctrina y jurisprudencia dominante en Alemania sostienen de modo casi pacífico que todo funcionario penitenciario tiene tal posición de garante respecto de los internos, lo que significa que ante su omisión de evitar –pudiendo hacerlo– la producción de lesiones o muerte de los mismos, responderá como autor o partícipe –doloso o imprudente– de un delito omisivo impropio de homicidio o lesiones. El fundamento que ofrece esta posición es la existencia de una serie de deberes de naturaleza jurídico-pública impuestos a estos funcionarios por el ordenamiento penitenciario, conjunto de normas que configuran una

---

<sup>79</sup> Al comienzo de la monografía, Pawlik adelanta la respuesta afirmativa y se representa dos caminos dogmáticos posibles pero que, sin embargo, no desarrolla: la participación y la autoría –¿coautoría?– en el hecho principal. Esto, según veremos más adelante, tiene una gran importancia para el tratamiento que se hará de estas posibilidades en relación con jueces y fiscales, que aquí nos ocupa.

serie de derechos y deberes del mencionado funcionario, a lo que agrega la determinación de las funciones efectivamente desempeñadas (Silva, 2004, p. 95-96).

Silva no reniega de la noción de posición de garante *per se* sino de la tesis dominante de que la sola exigencia de esa posición sumada a la omisión sea suficiente para imputar directamente el resultado lesivo.<sup>80</sup> Por el contrario, según la posición que defiende, lo decisivo para esa atribución en comisión por omisión será el alcance del *compromiso típico específico* de cada funcionario, es decir que a las funciones o deberes impuestos por las normas respectivas, además se requerirá este compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados, que tendrá una doble faz: la reducción de peligros –por un lado– y el aumento de peligro –por el otro–, destacando que quien se ha comprometido de esta forma *domina el acontecer típico*.

Ahora bien, desde la óptica de la propuesta de Silva –que, por cierto, resulta más restrictiva –¿garantista?– que la sostenida en la actualidad por doctrina y jurisprudencia dominante–, puede analizarse si corresponde una imputación en comisión por omisión a jueces y fiscales de los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado. Para ello, habrá que comprobar si –además de sus deberes funcionales genéricos, por llamarles de alguna manera– los magistrados asumieron un compromiso material y específico de protección de los derechos de los ciudadanos. La respuesta parece tener un claro sentido afirmativo, pero seguramente –desde esta perspectiva– habrá que estar a las particularidades de cada caso concreto.

No obstante, podemos señalar que a poco que se analizan los casos investigados, la búsqueda de estos compromisos específicos que requiere Silva como ese *plus* para la comisión por omisión –que en el caso de los funcionarios judiciales serán deberes de protección y de impartir justicia– habrá que efectuarla, no en los que se evidenció ese comportamiento delictivo, sino precisamente en aquellos casos en que ajustaron sus conductas a Derecho. Ello en tanto jueces y fiscales –fuera de los casos en que prestaron sus aportes delictivos en la ejecución de crímenes de lesa humanidad– desarrollaban sus

---

<sup>80</sup> Destaca que: “La responsabilidad en comisión por omisión del funcionario penitenciario por procesos lesivos que –pudiendo evitar él– afectan a los internos no es, de por sí, evidente. No tiene, pues, razón la doctrina alemana que, impregnada todavía de formalismo en este punto, parece estimar suficiente el mero status profesional de funcionario penitenciario para la afirmación de una posición de garante, en el sentido de condición necesaria y suficiente de la comisión por omisión” (Silva, 2004, p. 107).

funciones de manera corriente: resolvían peticiones, dictaban sobreseimientos, ordenaban libertades, solicitaban o ejecutaban medidas de protección, en fin, impartían justicia.

El *quid* de la cuestión está –en nuestra opinión– en el subsistema clandestino de administración de *no justicia* creado, sistema paralelo y adicto-colaboracionista del régimen que –de acuerdo al plan común– realizaban una cuidadosa selección respecto a qué personas iban a proporcionar la externalidad “justicia”: quienes eran sindicados como los blancos de la represión ilegal no recibían ninguna clase de protección sino, por el contrario, eran víctimas del actuar conjunto de las fuerzas armadas y de la Justicia. A ellos se suma que la persecución del Poder Judicial era doble: además de negárseles el debido acceso a la Justicia, este sector de la población era criminalizado a través de las denominadas leyes anti-subversivas, mediante la aplicación de condenas en procesos manifiestamente ilegales y, por tanto, insalvablemente nulos.<sup>81</sup>

Podría decirse entonces que el compromiso específico del que habla Silva –que, sumado a la posición de garante, permite la imputación de los resultados lesivos a título de comisión por omisión– coincide con el deber específico de protección de derechos fundamentales –como denominación amplia– que estaba en cabeza de jueces y fiscales durante la dictadura, lo que –también desde esta postura– llevaría a la imputación de los resultados lesivos en comisión por omisión.

**d. Postura de Robles Planas<sup>82</sup>**

Robles considera idénticos los fundamentos de la desaprobación típica en los delitos de comisión por omisión y en los de comisión activa, destacando dos razones: la competencia específica y la autorresponsabilidad. Sobre la primera, citando el criterio de un importante sector de la doctrina española –Silva Sánchez, Gimbernat, Bacigalupo, entre otros–, estima que el fundamento del deber del garante de impedir la producción de lesiones a través de un tercero no se basa en la existencia de un deber especial y de la posibilidad de evitación, sino en el hecho de tener una *competencia específica*, es decir, “ostentar determinadas cualidades que la hacen equivalente en el plano normativo a la comisión por vía activa” (Robles, 2007, p. 56).

---

<sup>81</sup> Sobre esta forma de criminalización mediante la aplicación de las leyes antisubversivas, v. *supra* nota 8.

<sup>82</sup> Robles ha desarrollado un importante estudio sobre la intervención delictiva, volcado en especial en su libro *Garantes y cómplices* (2007), donde se ocupa particularmente de la intervención por omisión. Para una primera aproximación a su postura, sugiero su trabajo monográfico *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*, publicado en InDret (2012).

Ve la cuestión fundamental en el ámbito de la desaprobación típica –y no en una relación de dominio entre el omitente y el peligro de lesión–, en tanto se requerirá que el peligro provenga de un ámbito administrado por el sujeto, ya sea de su propia esfera o de terceros, frente a los que deben adoptarse medidas de protección. Concluye que el fundamento de la responsabilidad de la comisión por omisión se encuentra en la constitución de una relación de libertad –sin interferencias– jurídicamente garantizada y en la derivación de los correspondientes deberes de evitación del daño. Lo decisivo será entonces determinar si existe un espacio que el individuo administra libremente, que le permitiría excluir jurídicamente a los terceros –incluso al Estado– de su relación con las personas o las cosas, que es precisamente en lo que se basa esa función de protección (Robles, 2007, p. 60-61).

En cuanto a la segunda razón expuesta, dado que la complejidad del asunto reside en que junto a la omisión del sujeto responsable aparece también la conducta activa del tercero autorresponsable –por ejemplo, diremos nosotros que junto a la conducta del juez o fiscal que omite adoptar medidas de protección se encuentra también el militar o policía que con base en esa omisión, torturó o asesinó– el fundamento de la prohibición radicaría en que, a la hora de configurar la propia conducta, nadie debería tener en cuenta el hecho de que otro esté decidido a cometer un delito, por lo que la autorresponsabilidad del tercero opera como garantía del propio ámbito de libertad. Concluye sobre este fundamento que si la ejecución típica se completa recién cuando el tercero actúa, entonces –al igual que ocurre en la comisión activa– “el omitente responde no sólo de lo omitido aisladamente considerado, sino de la comisión del hecho en su conjunto, pues la omisión adquiere el sentido de formar parte de un todo” (Robles, 2007, p. 62).

Al clasificar los diversos casos bajo tres grupos, Robles aborda –en lo que aquí interesa– los casos de *control de conductas de terceros peligrosos*, categoría que subdivide según los terceros sean constitutivamente irresponsables –por ej. niños e incapaces–, los terceros responsablemente peligrosos y los casos de funcionarios públicos. Dejando de lado el primer supuesto, señala que en los casos de terceros responsables la regla general será que el omitente responde sólo por un delito de omisión pura –omisión del deber de impedir delitos– salvo –y he aquí la excepción que nos importa– que exista “una relación especial entre sujetos autorresponsables definida por una adscripción, siquiera parcial, de la esfera de uno a la del otro, como sucede en los deberes de vigilancia y control de funcionarios” (Robles, 2007, p. 66, nota 69).

Ahora bien, al abordar el caso específico de los funcionarios públicos, señala que en principio las omisiones funcionales normalmente estarán previstas en tipos penales autónomos, que según vimos al desarrollar los delitos de infracción de deber, serían por ej. los tipos penales de omisión del deber de perseguir delitos, prevaricato, incumplimiento de deberes de funcionario público, etc. Sin embargo, Robles considera que también constituye una excepción que el funcionario omitente “haya asumido controlar riesgos o aspectos de los riesgos que van más allá de la clase de riesgos genéricos previstos a modo de omisiones puras” (Robles, 2007, p. 67).

En otras palabras, si se trata de terceros responsables –incluidos los funcionarios públicos, que es lo que aquí interesa– si el omitente asumió de alguna manera, aunque sea parcial, ciertos deberes de control o vigilancia más allá de los riesgos de carácter genérico, y el tercero sujeto a ese control provocó un resultado lesivo determinado, éste podrá ser atribuido al omitente en comisión por omisión.

## 2.2 Primera conclusión preliminar

Teniendo en cuenta este análisis de la doctrina, podemos señalar que dado el contexto de un Estado criminal, en el que sus funcionarios –desobedeciendo en forma permanente sus deberes institucionales– se transforman en los principales responsables de crímenes atroces, la ciudadanía –que depende casi por completo de la protección dispensada por el Estado– sólo podrá buscar su protección a través del Poder Judicial, que por definición resulta garante del cumplimiento de los derechos humanos.

Tanto jueces como fiscales poseían la competencia específica de la que habla Robles, que les permitía concretamente proteger esos bienes jurídicos esenciales a través de dos clases de conductas debidas. En lo inmediato –es decir, apenas tomaban conocimiento de los crímenes– debían adoptar medidas judiciales que garantizaran la tutela de las libertades básicas bajo amenaza, por ejemplo, verificando *in situ* si las personas se encontraban en el lugar de detención que se denunciaba, su condición física, la comprobación médica de las torturas denunciadas, o directamente su inmediata libertad, entre otras. Luego –en un segundo momento– también debían cumplir con sus deberes de investigación y eventual sanción de los eventuales responsables, obligación básica de administración de justicia que como magistrados les estaba impuesta.

Así las cosas, como primera conclusión preliminar podemos afirmar que tanto jueces como fiscales federales en funciones durante el período analizado tenían una

posición de garantía que –con los límites propios de sus respectivas competencias materiales y territoriales– les obligaba a proteger en general los derechos humanos de la ciudadanía, a través de la adopción de medidas serias, eficaces y conducentes para cumplir con ese deber.

Asimismo –y como contracara de ese deber de actuación– entendemos que la omisión de adoptar tales deberes de protección se tradujo –en el plano horizontal– en una co-configuración de los crímenes junto al resto de los miembros del aparato organizado de poder, en particular junto a miembros de las fuerzas armadas y de seguridad.<sup>83</sup> Por tanto, desde la perspectiva que hemos presentado hasta aquí, consideramos que se verifican los extremos teóricos para la atribución directa de los resultados lesivos de esos crímenes –homicidios, privaciones de libertad, torturas, etc.– a jueces y fiscales, a través del tipo de la comisión por omisión.

### **3. La determinación del grado de intervención delictiva de jueces y fiscales: el codominio funcional de los hechos macrocriminales**

#### **3.1 El punto de partida: la tesis de Roxin de coautoría por codominio funcional**

Más allá de que algunas posiciones sostenidas por Roxin respecto de la autoría y participación resultan discutibles e incluso –según algunas opiniones– perfectibles, el estudio de las diversas posiciones de la doctrina penal sobre la intervención delictiva múltiple nos han convencido de que el criterio del dominio del hecho está muy lejos de su *ocaso* y, más aún, de su *caída*. Los enfoques teóricos de Roxin han logrado un desarrollo contundente y un arraigo sumamente vigoroso –en especial en la doctrina y jurisprudencia de Argentina, España y Alemania–, aportando criterios sumamente valiosos para delimitar la autoría del resto de las formas de intervención.

Creemos que las ideas del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder –autoría mediata– y del codominio funcional –en la coautoría– resultan trascendentales en el abordaje de la macrocriminalidad estatal. Ello ha quedado evidenciado en los procesos de justicia transicional llevados a cabo en Argentina desde

---

<sup>83</sup> Sin perjuicio de que en este trabajo no se ha abordado el análisis de los aportes de los miembros de la Justicia en el plano vertical –perspectiva *top-down*–, ello también podría conducir a postular resultados equivalentes, a través de omisiones que posibilitaban la comisión de los crímenes, no ya considerados desde la perspectiva de los ejecutores directos, sino considerando aportes a los denominados autores de escritorio –autores mediatos en virtud del dominio del aparato organizado de poder.

mediados de los ochenta hasta la actualidad, primero en el juicio a las juntas y luego en los procesos reanudados superado el *impasse* de impunidad. Su onda expansiva ha alcanzado incluso el ámbito del Derecho Penal Internacional, más precisamente a la Corte Penal Internacional, que en gran parte funda la atribución de responsabilidad penal individual de crímenes internacionales en la tesis del codominio funcional del hecho.

Con este horizonte, en la búsqueda de caminos sólidos para calificar los aportes de los funcionarios judiciales, no vemos como adecuado desaprovechar las bases construidas por Roxin y postular una desvinculación absoluta con esta tradición proponiendo una renovación *à outrance* de estas bases teóricas que tienen hoy una gran adhesión doctrinaria y jurisprudencial. Sin embargo, tal como se verá, esto no impedirá formular algunas críticas y redefinir determinados criterios que resulten viables para el encuadre que se pretende.

Dicho esto, el punto de partida de nuestra propuesta para fundar la intervención de jueces y fiscales en crímenes de lesa humanidad será la postura de Roxin de la coautoría a través del codominio funcional. Sin embargo –sentado ya que tanto el extremo de intervención en un plan común<sup>84</sup> y la esencialidad de los aportes–,<sup>85</sup> en lo que sigue proponemos una redefinición de dos aspectos de la posición de Roxin: en primer lugar, de la (in)eficacia de las omisiones para configurar dominio sobre los hechos y, por otro lado, de los alcances que Roxin atribuye a la ejecución conjunta del hecho. Nos referiremos seguidamente a cada uno de estos aspectos.

### **3.2 Dominio del hecho e intervenciones omisivas de jueces y fiscales**

#### **a. La posición de Roxin sobre la intervención delictiva en las omisiones**

Destaca Roxin que durante muchos años la dogmática no se ocupó del estudio de la autoría y la participación en las omisiones, entre diversas razones por su equiparación estructural a los delitos de comisión. Sin embargo, luego de la obra de Armin Kaufmann, la doctrina puso el foco en su estudio, tanto desde la perspectiva del tipo omisivo como de la intervención delictiva. Según Roxin, la particularidad de los hechos omisivos es que todos los casos constituyen delitos de infracción de deber, por lo que –aplicando su

---

<sup>84</sup> Ver capítulo segundo, punto 2.4.

<sup>85</sup> Ver capítulo tercero, punto 2.3 c).

criterio postulado para los delitos dolosos de comisión– “no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo” (Roxin, 2016, p. 442). Señala una estructura bifronte para los delitos cometidos mediante omisiones:

La principal diferencia consiste, más bien, en que en las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisibles por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación (Roxin, 2016, p. 443).

Con ese trasfondo, en los delitos de omisión Roxin descarta aplicar el dominio del hecho como criterio para delimitar autores de partícipes, en tanto –según su postura– quien omite no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado, enfatizando que donde no se hace nada, no hay dirección del curso de la acción posible. Expresa que “la dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en quien se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso” (Roxin, 2016, p. 445).

Analiza específicamente la intervención por omisión como una forma de dominio, en especial citando la jurisprudencia alemana que en ciertos casos –como el de quien omite lanzar un salvavidas a quien se está ahogando– ha utilizado el criterio del dominio del hecho para calificar al omitente como autor.<sup>86</sup> Sin embargo, Roxin critica este resultado y lo tilda de incorrecto, argumentando que el dominio del hecho debe ser real y no meramente potencial, siendo que quien meramente pudo haber evitado el resultado tiene una importancia de segundo orden y, por tanto, no ostenta el dominio del hecho. Por otro lado, si además de la posibilidad de evitar el resultado se requiere una posición de garante, de acuerdo a su postura el fundamento no es ya esa posibilidad de evitación sino el deber mismo lo que terminará por definir la autoría. Incluso, aunque pudiese determinarse una graduación entre la mayor o menos dificultad para evitar el resultado,

---

<sup>86</sup> El Tribunal Supremo alemán –en un caso que tuvo mucha trascendencia– expresó: “Por lo general el obligado a socorrer tiene el dominio sobre la situación, plenamente o en gran parte, pudiendo mediante su intervención darle el giro decisivo” (Citado en Roxin, 2016, p. 446).



dice que en definitiva todo quedará reducido a consideraciones puramente hipotéticas (Roxin, 2016, p. 446).

- b.** Las omisiones de jueces y fiscales tienen entidad suficiente para configurar los hechos a través del codominio funcional

Sin perjuicio de que Roxin excluye la aplicación del dominio del hecho al tipo de comisión por omisión –que está incluido bajo su categoría de delitos de infracción de deber y por ende sometido a criterios de configuración típica diferentes–, creemos que en el caso de los aportes omisivos de jueces y fiscales existen buenas razones para sostener la solución contraria. Adelantándonos al análisis, nuestra posición podría formularse de la siguiente manera: *las omisiones funcionales de jueces y fiscales durante el terrorismo de Estado –calificadas de comisión por omisión– tuvieron un poder de configuración de los crímenes tan elevado que permitió el codominio (co-configuración) de la ejecución de los hechos, en paridad de los magistrados con el resto de los autores.*

Sin pretender hacer una crítica general sobre la teoría de Roxin respecto de los delitos de infracción del deber, estimamos que los fundamentos que propone para desligar a las omisiones del dominio del hecho no parecen suficientes. Si bien resulta cierto que la posición de garante del autor –esto es, el deber extrapenal que le obliga a actuar ante determinadas situaciones– dirige normativamente su motivación hacia un determinado resultado, creemos –con Jakobs– que lo importante no será tanto la motivación del sujeto en cuestión sino el *output* concreto, es decir, su resultado (Jakobs, 1997, p. 940). En una sintonía parcial, al analizar los criterios de distinción entre comisión y omisión, Silva Sánchez se separa de la doctrina mayoritaria que habla de acción y omisión, en tanto entiende que ambos conceptos no se contraponen sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos, señalando que:

en el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Éstas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea) pueden manifestarse como comisiones o como omisiones (Silva, 2004, p. 16).

En el análisis que nos ocupa, la situación se complejiza, en tanto la configuración del hecho no depende exclusivamente de las omisiones de adoptar medidas de protección por parte de jueces y fiscales sino en las conductas posteriores del resto de los ejecutores que –con base en ese aporte omisivo– cumplieron con sus funciones asignadas en el

reparto de tareas: secuestrar, torturar, mantener encerradas a las víctimas, custodiar, violar, falsear registros públicos, etc. Sin perjuicio de que el tema será abordado más en profundidad en lo que sigue, baste aquí con señalar que la doctrina penal moderna reconoce la complejidad de la comisión por omisión, en tanto hay una creación activa – por vía causal eficiente– de un riesgo y a la vez un compromiso de actuar que –de ser incumplido– produce un efecto de confianza y abandono, tanto en potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes. Lo esencial, dirá Silva, será la *identidad o equivalencia* de tener ese *dominio del riesgo* de la comisión por omisión a la comisión activa, a la que denomina *identidad estructural y material en el plano normativo*, de lo que colige que la comisión por omisión “es auténtica comisión, aunque sea por omisión” (Silva, 2004, p. 16).

Robles –por su parte– también plantea ciertos interrogantes y algunas soluciones que brindan puntos de reflexión bastante interesantes. En primer lugar, analiza los alcances de los deberes negativos y positivos de Jakobs y los contrapone con los conceptos de acción y omisión: destaca que ya en la filosofía hay una tendencia –que juzga equivocada– a equiparar los deberes positivos con la acción y los negativos con las omisiones. Reformula esta equiparación y señala que tanto los deberes negativos como los positivos pueden infringirse tanto por acción como por omisión (Robles, 2013, p. 4).

Si bien su análisis es muy rico, excede los fines de esta exposición, por lo que nos conformaremos aquí con señalar que coincidimos con la propuesta de Robles de desprenderse de criterios naturalísticos y tomar como parámetros de vinculación a las prestaciones positivas, fomentos o mejores –para los deberes positivos– y los de daño, empeoramiento o menoscabo –para los negativos–. Al analizar este fenómeno, si interpretamos bien a Robles, enfatiza más en los resultados del tándem incumplimiento/cumplimiento –traducidos en empeoramiento o mejora, respectivamente– cuya piedra de toque será el deber de garantía, que en si estos *output* se producen por comisión u omisión.

Sostiene Robles que para “evitar caer en la trampa” del binomio naturalístico actuar-omitir, “debe quedar claro que quien asume como garante la realización de actuaciones de mejora sobre un tercero y llegado el momento infringe tal compromiso, lesiona en realidad un deber negativo que podría tener fenomenológicamente un contenido positivo, de mejora” (Robles, 2013, p. 5). Por lo demás, deja en claro que la distinción entre deberes negativos y deberes positivos “no tiene nada que ver con la

configuración naturalística del comportamiento o de la situación del bien, sino con el diverso fundamento de cada uno de estos deberes” (Robles, 2013, p. 5).

Según nuestra visión del asunto, al incumplir sus deberes institucionales de protección, jueces y fiscales rompieron el *synallagma* que la institución Justicia tiene con la ciudadanía. Aprovechándose del poder del que estaban investidos y, en una clara conducta de adaptación, pasaron a formar parte del Estado terrorista, logrando –mediante esas conductas omisivas– dominar el curso del acontecer delictivo. Por tanto, estimamos que el peso de sus aportes tuvo –en un plano ontológico y también fenomenológico– la entidad suficiente para dominar los hechos y, de esa forma, co-configurarlos.

Del otro extremo, no observamos fundamentos sólidos para esa exclusión, bajo el único pretexto de que esos aportes consistieron en un “no hacer”, en que no hubo “movimiento corporal” o “energía dispuesta y exteriorizada con un fin” –como requiere parte de la doctrina especializada en el tema<sup>87</sup> para lograr el resultado lesivo. Por el contrario, las omisiones de jueces y fiscales se tradujeron en un aumento considerable del riesgo no permitido y –como contracara– una disminución del riesgo no permitido en los resultados lesivos tales como la privación ilegal y arbitraria de la vida y de la libertad, afectaciones serias a la integridad física, psíquica y sexual, entre otras.

En definitiva, su aporte concreto a los hechos –su *no hacer*– se tradujo como resultado –su *output*, dirá Jakobs– en un dominio positivo, real y concreto sobre la ejecución, tomando parte en la co-configuración de los crímenes en pie de igualdad con el resto de los ejecutores. Esta tesis, además, pasa holgadamente el test de lo que la doctrina ha interpretado como dominio negativo del hecho: el retiro de este aporte esencial habría significado el desbaratamiento del plan común y habría eliminado el éxito de las operaciones, como ocurrió –entre tantos casos– con la orden dada por la Corte Suprema –todavía en los años más álgidos de la dictadura– de liberar a Jacobo Timmerman, que finalmente fue cumplida por el régimen. Bajo este aspecto –como posibilidad de desbaratamiento del plan– la argumentación utilizada aquí no difiere sustancialmente de la que se ha acudido para fundar la participación primaria, es decir, aportes sin los que los hechos no se habrían concretado de la forma en que lo hicieron.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Sobre el contraste de los conceptos de la doctrina clásica con las posiciones actuales, ver Lerman (2013), p. 35 y ss.

<sup>88</sup> En este sentido, *cf.* Pérez Alonso, 1998, p. 346-347.

En conclusión, de acuerdo a las razones expresadas, redefinidos los alcances de la tesis de Roxin sobre el dominio del hecho, entendemos que las omisiones funcionales de jueces y fiscales tuvieron la virtualidad suficiente para *co-dominar* o *co-configurar* los crímenes de lesa humanidad ejecutados durante el terrorismo de Estado.

### 3.3 Redefinición de la ejecución conjunta de los hechos macrocriminales

Ahora bien, explicada la primera redefinición –respecto de la aplicación del dominio del hecho en las omisiones– resta ahora referirnos al segundo punto que –según la propuesta que aquí presentamos– habrá que redefinir para aplicar el codominio funcional en hechos macrocriminales: los alcances de la ejecución conjunta del hecho.

Cabe aclarar previamente algo que sólo fue enunciado en forma superficial y más que nada por resultar una obviedad, aunque preferimos dejarlo en claro: el análisis que aquí pretendemos está acotado por el momento en que los magistrados tomaron conocimiento de los hechos delictivos en cuestión, ya que recién allí podía comenzar su intervención en la ejecución de los mismos. Dicho de otra manera –y aunque, de nuevo, parezca obvia la aclaración– jueces y fiscales pudieron –a través de sus intervenciones omisivas– dominar los hechos siempre y cuando éstos no se hallaren ya agotados –consumados– al momento en que los funcionarios tomaron conocimiento de los mismos. Es decir, sólo pudieron tomar parte en la ejecución de un determinado hecho –globalmente considerado– si la *notitia criminis* lo era de un hecho vivo, en plena ejecución, como por ejemplo respecto de una víctima que había sido secuestrada y que aún permanecía privada ilegalmente de su libertad en un centro de detención. Pues ello no será posible si tomaban conocimiento –desde la perspectiva de sus funciones– una vez que ese hecho ya se encontraba consumado.<sup>89</sup>

Según señalamos al desarrollar la posición de Roxin sobre la ejecución conjunta, su postura aparece como bastante restrictiva, en tanto tendrán virtualidad caracterizar la comisión en común sólo aquellas intervenciones que –prestadas durante la fase ejecutiva– reúnan dos requisitos: simultaneidad y cierto grado de proximidad física con la ejecución directa de las conductas típicas de la figura penal en cuestión. Tal como adelantamos al comienzo del apartado, la estrechez de este criterio no permite una aprehensión cabal de

---

<sup>89</sup> Si bien nuestro análisis no se ha centrado en este tipo de casos, las soluciones podrían abordarse a través de las vías de la participación criminal, tratadas *supra* (v. capítulo segundo, punto 2).

las formas de ejecución los fenómenos macrocriminales, por lo que entendemos corresponde una redefinición al respecto.

Si analizamos la evolución teórica del concepto de ejecución puede observarse que sus límites siempre han sido un tanto grises. Según señalamos antes, cuando Roxin habla de la solución de la coautoría en los casos dudosos –el jefe de la banda que a distancia dirige a sus subordinados que ejecutan o los tiradores apostados en lugares diferentes– aporta criterios de delimitación confusos y, según creemos, en parte también equivocados. No desconocemos que uno de los grandes logros de la tesis del dominio del hecho ha sido precisamente reconocer que el *corcet* de la teoría formal-objetiva no conducía a resultados satisfactorios y postular, en cambio, una ampliación del ámbito de la autoría.<sup>90</sup> Sin embargo, creemos que aún hoy parte de la construcción teórica de Roxin presenta algunos resabios naturalísticos –similares a los que él mismo quiso desprenderse cuando la formuló–, que impiden la comprensión global que se requiere en los fenómenos macrocriminales.

Jakobs describe esta restricción que señalamos como “el desnudo naturalismo de la propia mano”, destacando que cuando se entiende que la ejecución no es sólo de quien ejecuta sino de todos, “decae la razón para destacar la ejecución por el hecho de que sólo los que ejecutan deben calificarse como autores”, concluyendo que “todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello” (Jakobs, 2008, p. 176-177).

Así, la plasticidad es una característica esencial del dominio del hecho, que Roxin caracterizó precisamente como un concepto abierto. Se negó a aportar criterios categóricos de definición y dejar, en definitiva, a la apreciación judicial la decisión final sobre si los aportes de un determinado intervinientes resultaban de una entidad suficiente para constituir coautoría, en especial en aquellos casos grises en que esas ponderaciones tal vez no cuadraban del todo.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Decía Roxin sobre la teoría formal-objetiva: “Este criterio [el de pretender admitir como autoría solo la realización de propia mano del tipo] [...] es sin embargo demasiado estrecho y, como muestra el tenor literal del § 25, tampoco es ya compatible hoy con la ley. Pues en sentido material cumple o encaja en el tipo también quien tiene en sus manos de otra manera su realización” (Roxin, 2014, p. 76).

<sup>91</sup> Destaca que “todos los criterios señalados tienen simplemente el valor de directrices, de reglas aproximadas que proporcionan un resultado acertado para el caso típico. Pero siempre queda una zona límite en la que la solución no se puede esbozar abstractamente. Aquí el juez debe en cierto modo continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional, sobre la base de las circunstancias individuales, y adoptar entonces una decisión autónoma [...] alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de

Por ejemplo, al analizar el caso del campana –es decir, quien asume tareas de vigilancia mientras otros ejecutan el hecho– explica que será coautor sólo “si la ejecución del hecho exigía tal vigilancia, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo”. Por el contrario, será partícipe si resultaba ser un aprendiz custodiando un “lugar poco importante”, concluyendo que “la realización del plan no depende de su aportación al hecho [...] así pues, que el quedarse vigilando fundamente coautoría o no, depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual” (Roxin, 2016, p. 276).

Creemos que se puede trazar un paralelismo perfecto entre lo que expresa Roxin sobre el vigilante y la naturaleza de las intervenciones de jueces y fiscales: no estamos proponiendo que cualquier clase de aporte tenga la virtualidad de posibilitar la coautoría, sino únicamente aquellas contribuciones con un alto poder de configuración de los hechos. En el caso concreto, ello podrá dilucidarse del análisis de las conductas concretas que cada juez o fiscal adoptó: si archivó habeas corpus sin tomar/solicitar medidas eficaces para dar con el paradero de las personas desaparecidas –cuando existía la posibilidad de hacer cesar el secuestro, evitando las torturas y, en muchos casos, la muerte–; no investigar los casos de detenciones ilegales y torturas denunciados por víctimas y familiares, mientras los hechos continuaban en ejecución; etc.

En este sentido, varios sectores de la doctrina penal –en la configuración de la coautoría– amplían el ámbito de la actuación conjunta de los coautores por fuera de los límites que impone la postura de Roxin. Entre otros, podemos mencionar:

– Jakobs: delimita la naturaleza de los aportes –es decir del dominio del hecho, como concepto abierto– al decir que lo único importante es que el aporte concreto debe medirse no por su fuerza o intensidad sino por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo: “sólo lo que configura la ejecución que realiza el tipo es relevante, porque sólo así queda indicada la responsabilidad por el resultado delictivo” (Jakobs, 1997, 751).

---

importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un ‘principio regulativo’: el concepto de la ‘importancia esencial’ carece de por sí de contenido aprehensible. Solo tiene el sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que dé cuenta de las singularidades del caso concreto. El concepto de dominio del hecho funcional no permite mayor grado de fijación” (Roxin, 2016, p. 277).

– Jescheck/Weigend: señalan que la coautoría también puede ser posible a través de una división de roles que resulte más adecuada a la finalidad perseguida, en tanto un aporte al delito que formalmente no entra dentro del marco de la acción típica podría aparecer como suficiente como forma de autoría. Citando a Gallas, señalan que “tan sólo debe tratarse de una parte necesaria de la ejecución del plan delictivo conjunto en el marco de una ‘división del trabajo’ llevado a cabo racionalmente (dominio funcional del hecho)”. Aluden al caso “*Startbahn West*” del Tribunal Supremo alemán y señalan como un caso de coautoría a quien “codomina un bloqueo contra la policía mediante la convocatoria del mismo y desarrolla actividades directivas de su ejecución [...] aún cuando no se encuentre en el lugar de los hechos” (Jescheck/Weigend, 2002, p. 703).

– Díaz y García Conlledo: si bien defiende –en contra de Roxin– un criterio formal-objetivo de la coautoría, señala sobre los casos grises que venimos comentando – analiza especialmente los casos del campana y de quien sujeta a la víctima– que la determinación de los límites de la coautoría no viene expresa y definitivamente resuelta por la ley, sino que depende en gran parte de las consideraciones e interpretaciones valorativas que se haga sobre ellos. Concluye que “[...] las diferencias de dominio entre los sujetos antes citados no han de tenerse en cuenta (por ejemplo, por no ser tan grandes como las que existen entre otros intervinientes) y considerarlos a todos coautores” (Díaz y García Conlledo, 2011, p. 28).

– Zaffaroni: considera a la intervención en la fase ejecutiva como uno de los requisitos necesarios para configurar coautoría. Sin embargo, al analizar los casos dudosos –el entregador, el campana, el chofer en un robo, etc.– señala que la definición sobre su grado de intervención a título de coautor o de cómplice no podrá determinarse en abstracto, sino que en cada caso habrá de investigarse si la contribución –de acuerdo al plan común– tuvo por finalidad realizar una contribución a la ejecución o se limitó a ayudar a los ejecutores. Concluye en que “será co-autor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva, el plan se hubiese frustrado, allí tenemos a un co-autor” (Zaffaroni, 1999, p. 332-333).

– Bolea Bardón: destaca que las formas de ejecución de los hechos en las organizaciones estatales, empresariales o mafiosas, etc., responden a realidades muy particulares, que obligan a repensar las categorías y la idea de proximidad o lejanía con el lugar de comisión de los hechos, postulando para este tipo de casos un concepto normativo de autor (Bolea, 2000, p. 366).

– Ambos: postula un criterio amplio de ejecución conjunta, de acuerdo a los distintos niveles de organización del aparato estatal, tomando además algunos elementos de la ECC para su fundamentación (Ambos, 2008, p. 116 y ss.).

– Odriozola-Gurrutxaga: critica los intentos de la doctrina penal internacional de postular la aplicación de teorías subjetivas o con tendencia subjetiva en hechos macrocriminales. En cambio, considera que la coautoría por codominio funcional del hecho de Roxin debería tener plena aplicación en el ámbito de los crímenes internacionales, al menos en el plano horizontal, ya que en el vertical prefiere la autoría mediata (Odriozola-Gurrutxaga, 2015, p. 66-68).

Si algo hemos aprendido en esta década y media de avance de los procesos de lesa humanidad en Argentina es que la configuración de los hechos macrocriminales es resultado de un complejo entramado de los múltiples intervinientes, sobre todo en el denominado plano horizontal. El sentido lógico de las cosas nos indica que, si un juez o un fiscal no adoptaba las medidas de protección tendientes a la liberación de una persona que permanecía secuestrada en un centro clandestino –con conocimiento de esa ilegalidad–, su aporte no se diferencia del guardiacárcel que hacía la custodia de las puertas de ese lugar. ¿Por qué en la mayoría de los casos no se duda en asignar a este último el rol de autor o coautor pero, al considerar los aportes omisivos de los magistrados, se descarta la coautoría y –con suerte– se atribuye una participación? Entendemos que esta distinción es arbitraria, en tanto no hay razones fundadas para separar ambos casos más que un nostálgico apego a criterios naturalísticos que –opinamos– finalmente conduce a resultados injustos.

Por último, señalamos que la interpretación que aquí propiciamos resulta ajustada a la norma actual de nuestro código penal, en tanto el art. 45 alude a la coautoría refiriendo a “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”, sin distinguir de qué forma se puede efectuar dicha ejecución. Zaffaroni destaca que con esta redacción, el legislador ha dejado un amplio margen para los desarrollos científicos y que la regla general para la penalidad que este artículo fija –además de salvar cualquier objeción de tipo constitucional que pudiera formularse– “no puede confundirse con una clasificación dogmático-científica de los distintos participantes en el delito o en el hecho”, (Zaffaroni, 1999, p. 344).

### **3.4 Segunda conclusión preliminar**

De acuerdo a las razones expuestas, consideramos que la conceptualización que se haga de la ejecución conjunta en los hechos macrocriminales no puede restringirse de



tal manera que no comprenda otras formas de comisión propios de este tipo de fenómenos estructurales, caracterizados además por su envergadura y por la intervención diversa de los órganos estatales.

En el caso particular de las intervenciones en comisión por omisión de jueces y fiscales –basadas en su posición de garantía como funcionarios especialmente obligados a actuar en defensa de los derechos humanos de la ciudadanía–, su poder de configuración de los hechos fue tan elevado que lograron dominar el acontecer delictivo y de esta manera, junto al resto de los actores de la represión estatal, cometer los hechos en forma conjunta, coordinada y de acuerdo a un plan en común.

### 3.5 Otras aproximaciones doctrinarias que conducen a la coautoría

En el análisis de la intervención delictiva en la comisión por omisión, otras posiciones doctrinarias conducen al mismo resultado –coautoría–, basadas –en general– en el poder de co-configuración de los hechos que tiene quien omite una conducta debida.

#### a. *Postura de Jakobs*

Jakobs equipara la intervención en los delitos de omisión con los de comisión activa, por lo que entiende puede existir tanto coautoría en comisión por omisión como participación por omisión, señalando que sostener otra posición no podría resultar axiológicamente satisfactorio, en tanto debe existir una correspondencia entre el fundamento de responsabilidad de la omisión con la forma de intervención de la acción. Señala que “las partes, en el curso causal dañoso, que lo conectan con el ámbito de organización del autor de la omisión, corresponde a una acción mediante la que se producen tales partes del curso causal (Jakobs, 1997, p. 1023).

Así, tanto en la configuración de la coautoría o de la participación por omisión (con dolo de consumación), Jakobs requiere que lo que se omite evitar sea un hecho principal doloso y antijurídico. A ello deberá sumarse –para calificarlo de autor– que el omitente ostente los elementos objetivos y subjetivos que se requieren en el delito específico cuyos resultados lesivos se intentan atribuir. Luego, habrá coautoría si las partes codeterminan la configuración del hecho en plano de igualdad con el aporte del autor principal, y complicidad si, en cambio, dichos aportes son menos trascendentes.

**b. *Postura de Silva Sánchez***

En su análisis sobre el caso del funcionario penitenciario antes aludido, Silva señala que el tratamiento de la doctrina es sumamente dispar. Por un lado, la denominada tesis del concepto indiferenciado de omitente entiende que el sujeto en condiciones de actuar en comisión por omisión es siempre autor, pues lo decisivo es la infracción de su deber y ésta es igual en todos los casos (Silva, 2004, p. 118). No vamos a profundizar al respecto, valga lo dicho ya al analizar los delitos de infracción de deber. Por otro lado, la doctrina del dominio del hecho –dominante en Alemania– sostiene que “el dominio del hecho real del autor del delito comisivo no impedido desplaza al mero dominio del hecho potencial del omitente” quien por ende sólo podrá ser partícipe. Apunta luego que en la discusión alemana, si el garante lo es por función de protección de un bien jurídico será autor –con el límite de que el delito impedido pueda cometerse por omisión– pero si lo es por su función de control de una fuente de peligro, será partícipe (Silva, 2004, p. 119).

Silva parte de que lo característico de la comisión por omisión no está en el deber de evitar el resultado sino en la identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa, juicio que se proyecta sobre la realización de los tipos de la Parte Especial por lo que incorpora necesariamente el elemento de la autoría. Señala que “toda comisión por omisión, toda omisión estructuralmente idéntica a la comisión activa del delito es una omisión de autor”. (Silva, 2004, p. 121). Entonces, si nos encontramos ya en el plano de la autoría, dice Silva que el criterio imperante será el del dominio del hecho, pero no como criterio naturalístico sino como uno normativo, como “pertenencia del tipo, en el sentido de control sobre la relevancia típica del riesgo”. Por tanto, el omitente domina su propio hecho por lo que, dada una concurrencia de situaciones idénticas, puede dar paso una autoría accesoria –de no existir acuerdo entre ellos– o a coautoría –si existe tal acuerdo– (Silva, 2004, p. 122).

Sobre los casos en que se dará participación, Silva entiende como principio general que cuando “el compromiso efectivo del sujeto en cuanto a actuar a modo de barera de contención del riesgo se refiere, no al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyen a que el mismo se realice” (Silva, 2004, p. 123). Cita dos supuestos: cuando al omitente le falten los elementos subjetivos de autoría que requiere el hecho principal o que éste sea se mera actividad, de propia mano, de medios determinados, etc., lo que resume “en que el hecho delictivo principal no puede cometerse por omisión, o no por la omisión de ese sujeto” (p. 123).

### c. *Postura de Robles Planas*

Para dilucidar el grado de intervención de un sujeto en un delito en comisión por omisión, Robles sigue a Jakobs y señala que hay que considerar la importancia del aporte en la configuración del hecho. Así, cuanto más significativo sea el aporte para la configuración del hecho, mayor cercanía tendrá el interviniente en ser considerado autor y, *contrario sensu*, cuanto más alejado, más cerca estará de ser partícipe.

Apunta que incluso cuando la omisión no constituya la acción ejecutiva puede dar lugar a autoría “si a través de ella el hecho queda relevantemente configurado”, lo que será posible en tanto “la omisión, al igual que la acción, puede, pese a no ser una conducta ejecutiva, determinar en tal medida la producción del seguir omitiendo” (Robles, 2007, p. 73). Además, citando un trabajo de Silva Sánchez, señala que en el derecho empresarial es posible utilizar la *coautoría vertical* para fundar la responsabilidad de los órganos decisorios de la empresa por los delitos cometidos por los inferiores, incluso cuando tal reproche no sea activo sino omisivo.

En conclusión, según su postura, la calificación de la conducta omisiva de un sujeto como de autoría o de participación dependerá del valor de la omisión para el conjunto del hecho: si la omisión tiene una limitada capacidad de configuración del hecho, se calificará como participación por omisión. Si, por el contrario, dicha conducta lo configura relevantemente, será de autoría (Robles, 2007, p. 74). Así, al analizar el grado de intervención en los casos de control de la conducta de terceros peligrosos, dirá Robles que será autor tanto en los casos de terceros constitutivamente irresponsables – menores de edad, por ej.– o responsables –funcionarios militares, policiales o penitenciarios– (Robles, 2007, p. 76-77).

### 3.6 Conclusión final

En consonancia con la doctrina antes expuesta, y de acuerdo a lo adelantado en las conclusiones preliminares, entendemos que de acuerdo al grado y entidad de los aportes criminales de jueces y fiscales en los hechos, sus intervenciones pueden encuadrarse en la coautoría. Es que –más allá de algunas sutiles diferencias que la doctrina expone para su configuración– creemos que se hayan reunidos todos los requisitos para postular la atribución recíproca de los aportes por medio de la división de funciones en la fase ejecutiva. Según la perspectiva presentada en este trabajo, las omisiones de adoptar medidas de protección en que incurrieron tanto jueces como fiscales

federales se tradujeron en un aporte esencial que permitió que la ejecución conjunta de los crímenes resultara exitosa, bajo la modalidad del reparto de tareas, propio de la coautoría.

#### 4. La aplicación jurisprudencial de la coautoría en casos de funcionarios judiciales

En la jurisprudencia reciente sobre intervención de funcionarios judiciales en crímenes de lesa humanidad hallamos un antecedente interesante en que se aplicaron algunas de las ideas que venimos comentando. En el proceso judicial de la denominada *causa CNU (Concentración Nacional Universitaria)*– el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata condenó en 2016 al ex fiscal federal Gustavo Modesto Demarchi como coautor por varios hechos de privaciones abusivas de libertad, homicidios y asociación ilícita.

Si bien la fundamentación dogmática se basó en la perspectiva finalista de la coautoría –citando en particular a Welzel–, la tesis fue también respaldada mediante la configuración de la coautoría que hace Jakobs, mediante el empleo de fórmulas no tan restringidas para la ejecución. En particular, el TOF sostuvo que el entonces fiscal federal Demarchi tuvo un rol de liderazgo en la organización del aparato organizado de poder y que, a pesar de que no intervino de propia mano en la ejecución típica de los crímenes, sino más bien en la orquestación del plan delictivo en común con el resto de los intervinientes, ello no impedía –en una caracterización no tan restringida– definirlo como coautor, al mismo nivel que otros miembros que formaban parte de las fuerzas armadas.<sup>92</sup>

También en la jurisprudencia de la Cámara de Casación que fue reseñada *supra* se puede evidenciar una conceptualización no tan estrecha de las formas de ejecución en la coautoría, en definitiva, de las maneras en que se puede codominar o co-configurar la ejecución de los hechos macrocriminales. Restará aguardar el tratamiento que realice ese tribunal de alzada cuando aborde los distintos recursos presentados por las partes en las sentencias dictadas por los tribunales recientemente, en particular de los procesos respecto los ex magistrados federales de Mendoza y de Córdoba, etapa recursiva que aún se encuentra en trámite.

---

<sup>92</sup> Tribunal Oral de Mar del Plata, causa n° 33013793/2007 y acumuladas, sentencia del 20/12/2016, p. 209

## CONCLUSIONES FINALES

Sucintamente, señalamos las conclusiones finales a las que se ha arribado:

1. Dado el contexto de un Estado criminal, en el que sus funcionarios – desobedeciendo en forma permanente sus deberes institucionales– se transforman en los principales responsables de crímenes atroces, la ciudadanía –que depende casi por completo de la protección dispensada por el Estado– sólo podrá buscar su protección a través del Poder Judicial, que por definición resulta garante del cumplimiento de los derechos humanos.

2. Tanto jueces como fiscales federales en funciones durante el período analizado tenían una posición de garantía que –con los límites propios de sus respectivas competencias materiales y territoriales– les obligaba a proteger en general los derechos humanos de la ciudadanía, a través de la adopción de medidas serias, eficaces y conducentes para cumplir con ese deber.

3. La omisión de adoptar tales deberes de protección significó la co-configuración de los crímenes junto al resto de los miembros del aparato organizado de poder, en particular junto a miembros de las fuerzas armadas y de seguridad. Por ello, se verifican los extremos teóricos para la atribución directa de los resultados lesivos de esos crímenes –homicidios, privaciones de libertad, torturas, etc.– a jueces y fiscales, a través del tipo de la comisión por omisión.

4. Tomando como punto de partida la tesis del codominio funcional de Roxin, el concepto de ejecución conjunta en los hechos macrocriminales no puede restringirse de tal manera que no comprenda otras formas de comisión propios de este tipo de fenómenos estructurales, caracterizados además por su envergadura y por la intervención diversa de los órganos estatales.

5. El poder de configuración de los hechos de las intervenciones en comisión por omisión de jueces y fiscales –basadas en su posición de garantes– fue tan elevado que les

permitió dominar el acontecer delictivo y de esta manera, junto al resto de los actores de la represión estatal, cometer los hechos en forma conjunta, coordinada y de acuerdo a un plan en común.

6. Por lo tanto, el marco dogmático más adecuado para fundar la intervención delictiva de jueces y fiscales resulta la coautoría, en tanto las omisiones de adoptar medidas de protección en que incurrieron jueces y fiscales federales se tradujeron en un aporte esencial que permitió que la ejecución conjunta de los crímenes resultara exitosa, bajo la modalidad del reparto de tareas, propio de la coautoría.

## BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo. *Los límites de la autoría mediata* (2012). Buenos Aires, Argentina: editorial Bdef.

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional* (2006). Bogotá, Colombia: editorial Temis.

– *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?* (2008). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel /WOISCHNIK, Jan. *Temas actuales del Derecho Penal Internacional* (2005). Montevideo, Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung.

ANITÚA, Gabriel. (Coord.). *Derecho penal internacional y memoria histórica* (2012). Buenos Aires, Argentina: editorial Fabián J. Di Plácido.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal parte general* (1999). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber* (2007). Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

BUOMPADRE, Jorge. *Comentario sobre los delitos contra la administración pública (artículos 248 a 274) del Código Penal*. En BAIGÚN, D./ZAFFARONI, E. *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (2011), tomo 10 p. 343-970. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

– *Comentario a los artículos 277 a 279 del Código Penal*. En BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio (Coords.). *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (2011), tomo 11, p. 125-200. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *¿Usted también, doctor?* (2015). Buenos Aires, Argentina: siglo veintiuno editores.

BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal* (2000). Valencia, España: editorial Tirant lo Blanch.

– *Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión*. En *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (2017), p. 459-470. Buenos Aires, Argentina: editorial BdeF.

BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación desde una visión normativa* (2017). Buenos Aires, Argentina: editorial BdeF.

CARO JOHN, José Antonio. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber* (2003), en *Anuario de Derecho penal, Asociación Peruana de Derecho penal*, p. 60.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. (2008). Nueva York, Estados Unidos de América: Oxford University Press.

D'ALESSIO, Andrés. *Los delitos de lesa humanidad* (2010). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

DELGADO, Federico/ SECO PON, Juan/ LANUSSE, Máximo. *Comentario a los artículos 133 a 144 quinto del Código Penal*. En BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio (Coords.) *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (2008), tomo 5 p. 289-400. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas* (2011). En *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7 (enero-junio 2011), p. 15-48. Medellín, Colombia. Disponible en formato digital en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4136848.pdf> [última consulta 2 de agosto de 2018].

– *Autoría y participación* (2002). En *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 10, Universidad de Chile, p. 13-61. Disponible en [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/diaz\\_y\\_garcia.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/diaz_y_garcia.pdf) [última consulta 8 de septiembre de 2018].

– *Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿Autoría o participación?* En *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (2017), p. 509-521. Buenos Aires, Argentina: editorial BdeF.

FALCONE, Andrés. *La caída del dominio del hecho* (2017). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

FIERRO, Guillermo. *Teoría de la participación criminal* (1964). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder* (2006). Granada, España: editorial Comares.

FILIPPINI, Leonardo. *La persecución penal en la búsqueda de justicia*, en *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina* (2011). Buenos Aires, Argentina: siglo veintiuno editores.

FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law* (2000). Nueva York, Estados Unidos de América: Oxford University Press.



FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal, introducción y parte general* (1998). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal* (2012). Buenos Aires, Argentina: editorial B de F.

JAKOBS, Günter. *Derecho Penal, Parte General* (1997). Madrid, España: Marcial Pons.

– *La imputación objetiva en el derecho penal* (1996). Buenos Aires, Argentina: Ad-hoc.

– *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. En *El sistema funcionalista del derecho penal* (2000), p. 165-198. Lima, Perú: Grijley.

– *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (2008). Mendoza, Argentina: ediciones jurídicas Cuyo.

JESCHECK, H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (2002). Granada, España: Editorial Comares.

JOSHI JUBERT, Ujala. *Autoría y participación* (1996). Barcelona, España: Mon Jurídic.

LERMAN, Marcelo. *La Omisión por Comisión* (2013). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General. 10ª edición, 1º reimposición corregida* (2018). Buenos Aires, Argentina: editorial Bdef.

NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (1980). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

– *Fundamentos de Derecho Constitucional* (2005). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

– *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* (2015). Buenos Aires, Argentina: siglo veintiuno editores.

NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal, parte general, 4º edición actualizada* (1999). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner editora Córdoba.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. *Autoría y participación en derecho penal internacional: los crímenes de atrocidad* (2015). Granada, España: editorial Comares.

OHLIN, Jens. *The Co-Perpetrator Model of Joint Criminal Enterprise* (2008). Ithaca, Estados Unidos de América: Cornell Law Faculty Publications. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/775> [última consulta 28 de agosto de 2018].

OLÁSOLO ALONSO, Héctor. *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional* (2013). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

PAWLIK, Michael. *El funcionario policial como garante de impedir delitos* (2008). Barcelona, España: InDret. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2593899> [última consulta: 25 de octubre de 2018].

PEREIRA GARMENDIA, Mario. *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad* (2016). Buenos Aires, Argentina: editorial Bdef.

PÉREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal* (1998). Granada, España: editorial Comares.

POCAR, Fausto. *Aspectos de la Teoría de la Empresa Criminal Común en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia*. En REY, Sebastián (Coord.) *Cuestiones actuales en la investigación de graves violaciones de derechos humanos* (2014). Buenos Aires, Argentina: Infojus.

RIGHI, Esteban. *Derecho Penal, Parte General* (2013). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

– *El concurso y la participación en los tipos de abuso de autoridad e instigación a cometer delito*. En *Revista jurídica La Ley, Suplemento Penal del mes de octubre* (2002). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales* (2007). Barcelona, España: Atelier.

– *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal* (2013). Barcelona, España: InDret. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270184> [última consulta 22 de agosto de 2018].

– *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. El ejemplo de la intervención por omisión* (2012). Barcelona, España: InDret. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/886.pdf> [última consulta 22 de agosto de 2018].

– ROXIN, Claus. *Sobre la autoría y la participación en derecho penal* (1970). En *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: ediciones Pannedille.

– *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (2016). Madrid, España: Marcial Pons.

– *Dirección de la organización como autoría mediata* (2009). Anuario de derecho penal y ciencias penales, vol. LXII, p. 51-65. Disponible en [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=anu-p-2009-10005100065\\_anuario\\_de\\_derecho\\_penal\\_y\\_ciencias\\_penales\\_direcci%3n\\_de\\_la\\_organizaci%3n\\_como\\_autor%eda\\_mediata](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=anu-p-2009-10005100065_anuario_de_derecho_penal_y_ciencias_penales_direcci%3n_de_la_organizaci%3n_como_autor%eda_mediata) [última consulta: 3 de septiembre de 2018].

– *Tratado de derecho penal, parte general* (2014a). Navarra, España: Thomson Reuters-Civitas.

– *La imputación objetiva en el derecho penal* (2014b). Lima, Perú: Grijley.

RUSCONI, Maximiliano/LÓPEZ, Hernán/KIERSZENBAUM, Mariano. *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad* (2011). Buenos Aires, Argentina: editorial Ad-Hoc.

SALINAS, Pablo. *La justicia federal en el banquillo de los acusados* (2017). Mendoza, Argentina: Editorial Facultad Ciencias Políticas y Sociales, UNCuyo.

SANCINETTI, Marcelo/FERRANTE Marcelo. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos* (1999). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (2012). Buenos Aires, Argentina: editorial Bdef.

– “Comisión” y “omisión”: *criterios de distinción*. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (2004), p. 15 y ss. Lima, Perú: Grijley.

– *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (2004), p. 93 y ss. Lima, Perú: Grijley.

SIMÓN, Jan-Micheal. *El dominio del hecho macrocriminal* (2014). En CUELLAR, Jaime (Compilador), *XXXV Jornadas internacionales de Derecho penal: Procesos de paz: Derecho penal y justicia transicional*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia. Disponible en [https://www.mpicc.de/files/pdf3/Simon\\_2014-1N.pdf](https://www.mpicc.de/files/pdf3/Simon_2014-1N.pdf) [fecha de última consulta: 10 de noviembre de 2018].

VEGA, Dante. *El exceso en la participación criminal* (2003). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

WELZEL, Hans. *Derecho penal parte general* (1956). Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma editor.

WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional* (2011). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de derecho penal, parte general, tomo IV* (1999). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general* (2002). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

– *Manual de derecho penal, parte general* (2005) Buenos Aires, Argentina: Ediar.

ZUPPI, Alberto. *Derecho Penal Internacional* (2013) Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

## OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

### 1. Jurisprudencia internacional

Tribunal Penal Militar de Núremberg, *The United States of America v. Altstötter, et al*, sentencia del 4/12/1947.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sala de apelaciones, *Prosecutor v. Tadić*, sentencia del 15/7/1999.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sala de juicio, *Prosecutor v. Milutinović*, sentencia del 25/03/2003.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sala de juicio, *Prosecutor v. Kvočka et. al.*, sentencia del 2/11/2001.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sala de apelaciones, *Prosecutor v. Kvočka et. al.*, sentencia del 28/02/2005.

### 2. Jurisprudencia nacional

#### a. Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN, fallos 300:818, causa n° T-246-XVII “*Timerman, Jacobo s/recurso de hábeas corpus*”, sentencia del 14/03/1978.

CSJN, fallos 309:1689, causa n° 13/84, sentencia del 30/12/1986.

CSJN, fallos 328:2056, causa “*Simón, Julio Héctor y otros...*”, sentencia del 14/06/2005.

CSJN, causas n° CSJ 3871/2014, 3729/2014, 3729/2014, 3687/2014, 3701/2014, 3702/2014, 3700/2014/RH1 y 3688/2014, sentencia del 12/05/2015.

#### b. Cámara Federal de Casación Penal

CFCP, sala II, causa n° 10431, “*Losito, Horacio y otros s/recurso de casación*”, sentencia del 18/4/2012.

CFCP, sala II, causa n° 12314, “*Brusa, Víctor Hermes s/recurso de casación*”, sentencia del 18/5/2012.

CFCP, sala II, causa n° 12830, “*Riveros, Santiago Omar y otros s/rec. de casación*”, sentencia del 7/12/2012.

CFCP, sala III, causa n° 14321, “*Amelong, Juan Daniel y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad*”, sentencia del 5/12/2013.

CFCP, sala II, causa n° 15496, “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, sentencia del 23/04/2014.

CFPC, sala III, causa n° 1681/13, “Cervera, Rubén; Maderna, Horacio Hugo; Rodríguez, Pedro A. s/recurso de casación”, sentencia del 11/7/2014.

CFCP, sala II, causa n° 13733, “Dupuy, Abel David y otros s/recurso de casación”, sentencia del 23/12/2014.

CFCP, sala IV, causa n° FMP 33004447/2004, “Mosqueda, Juan E. s/recurso de casación”, sentencia del 9/4/2015.

CFCP, sala III, causa n° 1470/13, “Fano, Osvaldo s/recurso de casación”, sentencia del 29/6/2015.

CFCP, sala III, causa n° 96000200/2006, “Camicha, Juan C. y otros s/recurso de casación”, sentencia del 30/11/2015.

#### **c. Tribunales Orales en lo Criminal Federal**

TOF de Santiago del Estero, causa n° 7782/2015, “Azar, Antonio Musa y otros...”, sentencia del 2/06/2011.

TOF n° 5 de Capital Federal, causa n° 1270 y acumuladas, “Donda, Adolfo Miguel y otros”, sentencia del 26/10/2011.

TOF de Tucumán, causa n° 401118/2000 “Martínez, Manlio Torcuato...”, sentencia del 12/06/2015.

TOF de Mar del Plata, causa n° 33013793/2007 y acumuladas, sentencia del 20/12/2016.

TOF n° 1 de Mendoza, causa n° 076-M, “Menéndez Sánchez, Luciano B. y otros...”, sentencia del 26/7/2017.

TOF n° 2 de Córdoba, causa n° FCB 71014233/2008, “Cornejo, Antonio Sebastián y otros...”, sentencia del 7/11/2017.

#### **d. Cámaras Federales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional**

Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, causa n° FMZ 26155/2017/CA003, resolución del 19/9/2018.

#### **e. Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional**

Juzgado Federal n° 2 de San Juan, causa n° FMZ 353/2013, “Yanello, Juan Carlos...”, resolución del 16/7/2013.

Juzgado Federal n° 2 de San Juan, causa n° FMZ 26155/2017, “*Caballero Vidal, Juan Carlos...*” resolución del 26/03/2018.

Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, causa n° FGR 19.263/2013, “*Duarte Pedro Laurentino y otros...*”, resolución del 5/4/2018.

### 3. Informes

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 1979-1980 (1980)*. Buenos Aires, Argentina. Disponible en [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/1980\\_CELSInforme-sobre-la-situacion-de-los-DDHH-1979-1980.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/1980_CELSInforme-sobre-la-situacion-de-los-DDHH-1979-1980.pdf) [fecha de última consulta: 23 de octubre de 2018].

– *La trayectoria de la cuestión civil en el proceso de justicia argentino (2015)*. En *Derechos Humanos en Argentina – Informe 2015*. Buenos Aires, Argentina: siglo veintiuno editores, p. 109-168. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/IA2015.pdf> [fecha de última consulta: 28 de agosto de 2018].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina (1980)*. Washington, Estados Unidos de América. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm> [fecha de última consulta: 10 de noviembre de 2018].

PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina (2017)*. Disponible en <http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/> [fecha de última consulta: 28 de agosto de 2018].

### 4. Artículos periodísticos

DANDAN, Alejandra. *La empresa criminal conjunta (2015)*, en diario Página/12. Disponible en formato digital en <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-273731-2015-05-29.html> [fecha de última consulta: 7 de noviembre de 2018].

INFOJUS NOTICIAS. *La ESMA “fue una empresa criminal conjunta”, dijo la fiscal Soiza Reilly*, publicado el 20/7/2015 en <http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/la-esma-fue-una-empresa-criminal-conjunta-dijo-la-fiscal-soiza-reilly-9209.html> [fecha de última consulta: 7 de noviembre de 2018].