

XXV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

EN HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H.C. JAVIER DE VICENTE REMESAL. "PROBLEMAS DE DERECHO PENAL GENERAL Y ESPECIAL".

Lunes 22 de julio de 2024

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE VIGO / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: DELITOS DE LESA HUMANIDAD, APARATOS DE PODER E IMPUTACIÓN DE AUTORÍA: EL JUZGAMIENTO DE LAS JUNTAS MILITARES EN LA ARGENTINA, del Prof. Dr. D. MAXIMILIANO RUSCONI.

Lunes 22 de julio de 2024, 16-45 h.

Ponente: Prof. Dr. D. Maximiliano Rusconi.

Moderador: Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo.

Relator: D. Daniel Simón Quispe Meza.

UniversidadeVigo



DELITOS DE LESA HUMANIDAD, APARATOS DE PODER E IMPUTACIÓN DE AUTORÍA: EL JUZGAMIENTO DE LAS JUNTAS MILITARES EN LA ARGENTINA

**Ponente: Prof. Dr. D. Maximiliano Rusconi. Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Buenos Aires.**

**Moderador: Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho
Penal. Universidad de León.**

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. D. Enrique Peñaranda Ramos, D. Víctor Gómez Martín, D. Juan Oberto Sotomayor Acosta, D. Diego-Manuel Luzón Peña, D. Miguel Díaz y García Conlledo.

Relator: D. Daniel Simón Quispe Meza. Doctorando de la Universidad de León.

El moderador, **Prof. Díaz y García Conlledo**, felicitó al ponente por la visión crítica que hizo respecto a la sentencia argentina analizada, no tanto respecto a la construcción teórica de Roxin, sino de su aplicación en la sentencia, considerando el contexto histórico en que se produjo.

Acto seguido, el moderador cedió la palabra al primer interviniente en el debate, **Prof. Peñaranda Ramos**, quien felicitó calurosamente al **Prof. Rusconi** por la brillante exposición realizada, que es tan importante en la vida de los argentinos y en la vida de todos, porque de alguna manera se vive la onda expansiva de esos hechos tan terribles que ocurrieron.

El **Prof. Peñaranda Ramos** señaló que tiene dos reflexiones. La primera es que se debe respetar el contexto histórico en que se produjo la sentencia, por lo que no hay que juzgarla desde el presente, sino desde el momento histórico en que se emitió. Al respecto, recordó que en aquellos días en que se realizó el juicio de las juntas militares estuvo en su facultad, la Universidad Autónoma de Madrid, el fiscal de las juntas, Julio Strassera, y hubo personas que comentaron los déficits que existieron en la represión de hechos ocurridos en la dictadura militar argentina a pesar de que en España no se había ni siquiera juzgado los hechos de alzamiento realizados por Franco. Por ese motivo, reiteró que se debe respetar el contexto en el que se emitió la sentencia, porque la situación política para el enjuiciamiento era muy complicada tanto para jueces como para fiscales.

Por otro lado, con relación a la segunda reflexión, el **Prof. Peñaranda Ramos** indicó que ha sido crítico de la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, debido a que no es necesaria para resolver los complejos problemas de imputación que se presentan en esos casos. Por ello, bastaría con un entendimiento acabado de la autoría y participación en nuestros ordenamientos jurídicos para que se pueda imputar responsabilidad a través de conductas activas u omisivas impropias, bien sea como autoría directa, coautoría o autoría yuxtapuesta, esta última referida por la escuela del **Prof. Luzón Peña** y el **Prof. Díaz y García Conlledo**.

Asimismo, mencionó que en el caso argentino resulta complejo de probar los criterios que desarrolla Roxin para esta teoría: existencia de una estructura organizativa, desvinculación completa del derecho y la fungibilidad de los ejecutores. En su opinión, salvo el primer criterio, que sería una obviedad, los otros requisitos no son exactos, ya que ni siquiera las juntas militares argentinas se desvincularon totalmente del derecho, tanto así que los gobiernos democráticos que los sucedieron asumieron gran parte de las obligaciones contraídas por el Estado, ya que estas eran conformes a derecho.

Seguidamente, indicó que el requisito de la fungibilidad trae aún más problemas, ya que banaliza la importancia que tiene el torturador, el violador, el asesino que mata con sus propias manos, ya que sin el ejecutor final no hay nada. Por ese motivo, afirmar que se trata de un mero instrumento fungible en el marco de un aparato organizado de poder no muestra lo importante que tiene siempre ese factor humano de quien toma la última decisión. A modo de ejemplo, el **Prof. Peñaranda Ramos** mencionó el caso de los tiradores del muro de Berlín en el que se dijo que eran piezas fungibles; sin embargo, estaban situados de un lado a otro, por lo que si uno no disparaba, ello hubiese llevado a la consecuencia de que el sujeto que intentaba escapar habría tenido éxito en su fuga. De ahí que no sea cierto que no tenga importancia el ejecutor final.

Finalmente, reiteró el **Prof. Peñaranda Ramos** que pudieron utilizarse otros recursos para llegar a las mismas conclusiones, es decir, que son autores no solo los que ejecutan, sino también los que están por encima de ellos, hasta el último, como Hitler, Franco, Videla. Finalmente, sostuvo que se trata de un tema que a ningún argentino puede dejarlo indiferente y que no se puede reducir este tema a un puro tecnicismo que fue lo que finalmente hizo en su intervención.

Acto seguido, el **Prof. Rusconi** agradeció la intervención del **Prof. Peñaranda Ramos** e insistió en que no cree que las alternativas tradicionales hubiesen solucionado el problema, incluso si se considera un concepto muy amplio de coautoría, lo cual le parece enormemente peligroso. Por ello, sostuvo que siempre trata de vincular los problemas de autoría, particularmente el de coautoría, con dos escenarios complejos que son los principios fundamentales del Derecho penal, es decir, por un lado, de responsabilidad personal y, por otro, la teoría de la imputación al tipo que, en definitiva, es el mismo problema.

Siendo esto así, sostuvo el **Prof. Rusconi**, que en un escenario en el que se considere la idea de la no contemporaneidad de los aportes en los autores parecería que para el coautor último que toma un nivel de riesgo que lo lleva a realizar el resultado lesivo lo convierte en autor y, por tanto, la coautoría sería superflua. Por su parte, para el coautor primero, que en realidad coloca a otro en un contexto de riesgo solo respondería como coautor porque interviene un sujeto que no sabe quién es, con lo cual imputarle coautoría, en términos de curso lesivo, sería injusto.

Por otro lado, el **Prof. Rusconi** mencionó que no cree que Roxin haya banalizado la idea de que el ejecutor sea fungible y, por el contrario, esa fungibilidad es la que hace cortar en dos

los temas de imputación, es decir, es fungible respecto a quien domina el aparato de poder en el sentido de que la decisión se ejecuta de todas maneras, ya que es lo mismo si el ejecutor final es el cabo López o Gómez. De todas maneras, no formula una defensa absoluta de la teoría de Roxin.

Asimismo, indicó que la sentencia no fue del todo positiva, porque hicieron alusión en varias páginas a la obediencia debida de los ejecutores que, en su opinión, preparaba el escenario para la Ley de Punto Final y Obediencia Debida. En el caso de la sentencia, no había elementos para afirmar que había un contexto viciado, por el contrario, se trataba de un contexto que aumentaba la responsabilidad por la impunidad generada como consecuencia de esa decisión.

Finalizó el **Prof. Rusconi** reiterando que se trata de una sentencia mejor que otras, pero que, de todas formas, tuvo problemas importantes.

Seguidamente, intervino en el debate el **Prof. Gómez Martín** quien agradeció al **Prof. Rusconi** por la ponencia y señaló que coincide en que la aplicación de estructuras tradicionales en este caso hubiese llevado a resultados insatisfactorios, por lo que una estructura medio alternativa, por ejemplo, que en el ámbito de la empresa tiene gran capacidad de rendimiento, sería la comisión por omisión.

De este modo, el **Prof. Gómez Martín** partiendo de la premisa de que, en principio, cada quien responde por lo que ocurre dentro de su ámbito de competencia, pues ahí habría comisión por omisión, funcionaría de tal modo que lo que ocurra en el ámbito de competencia ajeno, daría lugar, a lo sumo, a una omisión pura y no a una comisión por omisión. En todo caso, partiendo de la premisa del **Prof. Rusconi** pregunta el **Prof. Gómez Martín** al ponente cómo es que funcionaba esa junta militar que comprendía a las fuerzas armadas- aire, mar y tierra- porque en el fondo son uno solo y no tres fuerzas autónomas que, aunque formalmente lo serían, materialmente actuaban de forma unitaria, conjunta, con lo cual lo que ocurre en tierra no es ajeno a lo que ocurre en el mar, ni en el aire, porque todo es un único ámbito de competencia.

Al respecto, respondió el **Prof. Rusconi** que estaba totalmente de acuerdo con lo señalado por el **Prof. Gómez Martín**. En el caso argentino, se encuentra tipificado el artículo 106 del Código Penal en el que se sanciona el abandono de personas que describe un caso de omisión de proceso de garantía con penas muy altas, incluso cuando sucede a muerte y que podría haber sido aplicable, por lo que no hacía falta ninguna actualización del concepto de omisión, sino únicamente aplicar el artículo 106 del Código Penal. Finalizó el **Prof. Rusconi** reiterando que está de acuerdo con lo señalado por el **Prof. Gómez Martín**.

Acto seguido, el **Prof. Díaz y García Conlledo** le dio la palabra al **Prof. Sotomayor Acosta** quien agradeció al **Prof. Rusconi** por la calidad de su ponencia. Respecto a ello, indicó que quería insistir en un punto que mencionó el **Prof. Peñaranda Ramos** relacionado al contexto en que se emitió esa sentencia en el año 1985, ya que fue un momento político muy complicado en la Argentina y que, además, jurídicamente fue una sentencia muy difícil de producir, políticamente hablando.

Prosiguió el **Prof. Sotomayor Acosta** y señaló que en esa época la tesis de Roxin sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder no tenía la difusión que tiene hoy en día e, inclusive, la sentencia del caso Fujimori, en Perú, emitida muchos años después, es más discutible que esta. Siendo esto así, muchas veces lo jurídico claramente se encuentra condicionado con lo político y vista la sentencia hoy en día, en la fría dogmática, puede afirmarse que sí es posible corregirla, pero, claro está, en ese momento me parece no era posible pedirle más a la justicia argentina y a la justicia militar.

Interviene nuevamente el **Prof. Rusconi** quien coincidió con el **Prof. Sotomayor Acosta** y aprovechó la intervención para indicar que la crítica más grave a la sentencia argentina es el haber generado la sensación de que tomar el poder por las armas es impune. Sostuvo que era difícil comprender por qué si existía el artículo 226 del Código Penal que tipificaba el delito de sedición y rebelión no se le condenó a nadie por ello, considerando que era absolutamente notoria la toma de poder. Inclusive, a raíz de ello, cree el ponente que el golpe de Estado del año 1987 es consecuencia de la sensación general de que tomar el poder en la Argentina al final no era tan grave, ya que no se acusó por ese delito cuando en su oportunidad pudo hacerlo la democracia.

A continuación, el **Prof. Díaz y García Conlledo** le cedió la palabra al **Prof. Luzón Peña** quien indicó que lo último que mencionó el **Prof. Rusconi** coincide temáticamente con la primera observación que quería realizar. Por ello, señaló que en la ponencia se explicaron los hechos atroces que fueron cometidos por las juntas militares, sin embargo, las penas que se aplicaron a un par de comandantes militares fueron bastantes ridículas, porque se les juzgó por torturas o por tormentos y, en algunos casos, por homicidios, que, en realidad, no serían homicidios, sino asesinatos, pero, al final, no se les aplicó el enjuiciamiento por rebelión militar.

Respecto a dicho punto, discrepó con lo que dijo el **Prof. Peñaranda Ramos**, debido a que en España no podíamos reprochar porque no se hizo justicia. El golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 que fracasó, pero no quedó en tentativa, quedó consumado, y las penas para este delito eran muy duras. En ese caso, se les juzgó, pero como no triunfaron al no haber ninguna sola detención de opositores, ni desapariciones, ni torturas, fue que a los responsables de ese golpe de Estado, Milans del Bosh, Tejero y a Armada, les pusieron menos pena y a muchos militares las penas que les impuso el Tribunal Supremo fueron muy duras y cumplieron varios de ellos más de una década de prisión. Si esto se hubiese hecho en Argentina, la discusión de que fueran autores mediatos, coautores o instigadores no es que perdiese sentido, sino que no tendría tan importancia.

Por ese motivo, lo que importa en los juicios, señaló el **Prof. Luzón Peña** es que simbólicamente está bien que se les condenara. En el caso español, las penas fueron muy duras a pesar de que el golpe de Estado fracasó, debido a que les juzgó el Tribunal Supremo, militares juzgando a otros militares, lo cual es muy importante. En su momento, tuvo mucho mérito, pero, por otro lado, un avance de la democracia española es que actualmente la justicia militar se aplica para “infracciones cuartelarias” y en los hechos graves se aplica la jurisdicción penal ordinaria y no la castrense.

En segundo lugar, mencionó el **Prof. Luzón Peña**, en relación con el tema de la autoría, coautoría y aparatos organizados de poder, que la construcción de Roxin para poder fundamentar autoría mediata de aparatos organizados de poder estuvo pensado para casos donde no se puede demostrar probatoriamente que se emitieron órdenes como consecuencia de una coacción que llegaron directa o indirectamente a los inferiores. Desde su perspectiva, sin necesidad de construcciones como la de Roxin, aplicando principios generales de la autoría, si hay una orden, aunque sea ilegal o aunque sea manifiestamente ilegal, evidentemente no hay obediencia debida, pero es importante ver cada ordenamiento, porque hay algunos Códigos de Justicia Militar en el que se señala que hay que obedecer aunque exista una ilegalidad o vulneración de derechos humanos.

Con lo señalado, el **Prof. Luzón Peña** indicó que las órdenes, aunque sean ilegales, producen falta de libertad por parte del inferior que la recibe, no solo en los aparatos militares o en el Estado, sino también en las organizaciones criminales o en las empresas, por lo que la orden que da el superior no es una instigación, no es una sugerencia para que libremente el inferior decida, ya que, en realidad, este último está coaccionado.

Seguidamente, reiteró que las órdenes en cualquier caso de aparatos organizados de poder deben probarse a fin de evaluar si la cabeza dio o no la orden, aunque, por ejemplo, cuando se hace un decreto de aniquilación se está dando una orden genérica de aniquilar al enemigo y eso tiene un significado inequívoco. En otros casos, por ejemplo, si en una empresa no se puede probar que el superior absoluto ha dado la orden, tal vez deba evaluarse si ha insinuado o inducido al segundo escalón para que sí dé la orden. De este modo, debe verificarse si el escalón dio la orden o solo dijo que el jefe se lo pidió.

En estos casos, el inferior, sin la menor duda, aunque no sea irresponsable totalmente, por lo menos tiene su culpabilidad atenuada, toda vez que no actúa con la libre decisión, con lo cual el de arriba no es un inductor, ni coautor, porque no hay un plan de coejecución o un plan de igualdad horizontal: se trata de un autor mediato.

Finalmente, el **Prof. Luzón Peña** señaló que la obediencia debida es irrelevante, porque si la orden genera el suficiente grado de coacción en el ejecutor y, aunque este sea responsable por atenuación de su culpabilidad, significa que el sujeto de arriba es autor mediato y llamarlo así es importante porque hace que el de arriba sea más responsable que el de abajo, debido a que el de abajo tiene una presión y, por tanto, tiene una atenuación. Esto demuestra ante los ojos de la sociedad quién es más responsable, es decir, finalmente, quien da la orden.

Acto seguido el **Prof. Díaz y García Conlledo** intervino y señaló que en el caso argentino, al parecer, se trató de una situación difícil en la que no se hizo todo lo que se tenía que hacer, pero tampoco se dejó la situación en total impunidad. Fuera de ello, consideró que la construcción de Roxin es interesante, ya que hay autoría aunque no haya engaño o no haya obediencia debida.

De este modo, partiendo de lo señalado por el **Prof. Luzón Peña**, bastaría con recurrir a las estructuras normales de autoría y también de la participación que, aunque tenga dificultades, parece que en muchos casos la participación de los de arriba se descarta de antemano, como si el partícipe fuese menos malo que el autor y eso no es verdad, ya que un partícipe en concreto puede tener una pena incluso mayor que la del propio autor y ello no implica una cuestión de maldad o de bondad, sino que se trata de una cuestión de dependencia.

Por otro lado, sostuvo el **Prof. Díaz y García Conledo** que la construcción de Roxin ha tenido otro efecto, ya que como parece muy simple de aplicar ocurrió que cuando existen casos de organizaciones se piensa que se tiene resuelto el problema de la autoría, ya que todos son autores, de arriba a abajo, pero eso no es lo que dice Roxin, debido a que en muchos casos no se demuestra que haya fungibilidad y eso mismo lo señaló el profesor alemán en el caso Mensalao de Brasil. Inclusive, hoy en día parece que todo el mundo espera que el caso Odebrecht se solucione con la tesis roxiniana.

Finalmente, el **Prof. Díaz y García Conledo** dijo que en el caso colombiano entre la llamada coautoría impropia y los aparatos organizados de poder, como queda muy bien la construcción, ya se podría condenar, sin más, a toda la cúpula de todos los movimientos, sean guerrilleros, sean paramilitares, a pesar de que en muchos casos ni sabían lo que ocurría en el último extremo de las cosas en el que incluso habían hasta delitos imprudentes. Por ese motivo, la teoría de Roxin, a veces, no se puede ajustar a lo que sucedió en determinado caso, por lo que tiene la desventaja de que con su simplicidad ha permitido que muchos tribunales condenen sin hacer el esfuerzo argumentativo de todas las formas de imputación dentro de la autoría y participación, así como también de la omisión.

Para concluir, el moderador le dio la palabra al ponente, quien indicó que era posible que esta teoría, en términos probatorios, expanda la punibilidad a veces sin razón, pero cree que también la ha reducido sin razón. Como palabras finales, señaló que fue tan enegecedora la teoría que no se siguió trabajando en otros modelos de imputación incluso en el marco de los aparatos de poder.