

Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Socio de la FICP.

**~Delitos de lesa humanidad, aparatos de poder e imputación de
autoría: el juzgamiento de las juntas militares en la Argentina* ~**

Sumario.- I. Introducción. II. Los días negros para la dignidad de los ciudadanos y el estado de derecho. El comportamiento de la clase política. III. Los hechos. IV. La acusación Fiscal. V. El -no- juzgamiento del delito de rebelión. VI. El reconocimiento de la jurisdicción civil de la jurisdicción militar. VII. El concepto de autoría utilizado y los límites no explicados de la imputación y condena. VIII. Los límites de la imputación vertical, horizontal y temporal: el principio de oportunidad interno. IX. El olvido de las estructuras omisivas posibles. X. El concurso de delitos y una curiosa determinación judicial de la pena. XI. Algunas deudas adicionales de la sentencia. Una mirada amplia sobre la afirmación del autor que domina un aparato de poder

I. INTRODUCCIÓN

En la Argentina, ningún caso judicial ha tenido la relevancia histórica y el prestigio nacional e internacional del que ha gozado la causa 13/1985 de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal que juzgó a los miembros de las respectivas juntas militares que tomaron el poder entre los años 1976 y 1983¹.

En general la historia ha sido bastante pródiga al momento de adjudicar virtudes a ese juicio y también a su respectiva sentencia.

En este trabajo, a casi 39 años después de esa sentencia y 48 años del trágico golpe de estado cívico-militar que enlutó de manera irreparable al sistema democrático, pretendo pasar por el tamiz ese proceso y utilizar esta sentencia para poder aportar, si fuera el caso, alguna idea o reflexión.

* Ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024.

¹ La Cámara Federal de Apelaciones sobre la cual recayó la responsabilidad del juzgamiento estuvo integrada por los jueces León Arslanian, Ricardo Gil Lavedra, Jorge Torlasco, Andrés D'Alessio, Guillermo Ledesma y Jorge Valerga Aráoz. El fiscal fue Julio César Strassera, y su adjunto era Luis Gabriel Moreno Ocampo. Dicha Cámara Federal finalmente dictó sentencia por los 709 casos donde fueron condenados Jorge Rafael Videla y Emilio Massera a la pena de reclusión y prisión perpetua respectivamente; Orlando Ramón Agosti a la pena de 4 años y 6 meses; Roberto Eduardo Viola a la pena de 17 años de prisión, y a Armando Lambruschini a la de 4 años y 6 meses. Fueron absueltos Omar Rubens Graffigna, Arturo Lami Dozo, Leopoldo Galtieri y Jorge Anaya.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

Es posiblemente cierto que, si uno de paraba en el año 1985 y miraba hacia atrás, no había ejemplo parecido en el mundo a ese proceso.

Sobre todo, comparando procesos parcialmente similares en la historia mundial, hay algunas ventajas para el lado del trámite de la causa 13/1985, pero ello no puede anular la posibilidad de detectar varios de los problemas de los que adolece ese enjuiciamiento.

De un modo u otro el análisis de las virtudes y defectos de esa decisión como hecho institucional debe hacerse sin prescindir del contexto social y político. También es claro que ese análisis seguramente enaltece las bondades del juicio y de su sentencia.

Sin embargo, es un deber del jurista el análisis crítico de decisiones de tanta importancia desde el más puro tamiz normativo y conceptual.

Es por ello por lo que, confesadamente y luego de ciertas referencias, se busca evaluar esa decisión como si hubiera salido a la luz pública hoy mismo. Se pretende valorar esa decisión también sin las atenuantes y agravantes del “contexto”, aunque se verá que es indispensable para comprender los hechos describir someramente el escenario del cual emergió la decisión analizada².

Asimismo, y para que quede claro el límite de este aporte hay que subrayar que no se ocupará, por lo menos con centralidad, ni del camino previo del caso “de las juntas militares” ante el Consejo de las fuerzas armadas para un eventual juzgamiento en el marco del sistema disciplinario del Código de Justicia Militar, ni del proceso de constitución y elección de los integrantes de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal que se ocupó de tramitar ese caso.

Como dijimos ese Juicio en forma total tuvo una importancia histórica indudable y durante décadas fue muy difícil encontrar opiniones críticas, salvo algunas muy valientes voces. Las críticas eran en ese momento y lo han sido casi siempre un “ir contra la corriente”.

Quizá solo Marcelo Sancinetti, en el año 1986, en pleno festejo acrítico de todo lo

² En buena medida y con la honestidad intelectual que lo caracteriza ese trabajo de análisis crítico de la sentencia fue realizado dos años después por Marcelo Sancinetti. SANCINETTI, M., Análisis crítico del juicio a los excomandantes, en Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial, Lerner, Buenos Aires, 1988, pp. 1. El texto de este capítulo ya había sido publicado en Revista Doctrina Penal, año 10, 1987, nro.37.

que rodeó al juicio y a la sentencia de la causa 13/1985, produjo posiblemente el único estudio serio y profundo de los enormes problemas que acompañaron a la decisión. Luego de ello un sector muy valioso del mundo académico sí fue muy contundente a la hora de objetar los nuevos pasos del camino de la impunidad que se reflejaron en las llamadas leyes de obediencia debida y punto final³.

Normalmente, incluso ahora, aunque por lo bajo se escapen algunas observaciones, se cree que es más “lo bueno que lo malo”. Algo así como si ese juicio hubiera estado atrapado por la lógica del estado de necesidad: evitar el mal peor. Debía haber un juicio, alguna condena y todo con inusitada rapidez si se repara en la complejidad del tema. Todo el proceso duró aproximadamente 6 meses.

II. LOS DÍAS NEGROS PARA LA DIGNIDAD DE LOS CIUDADANOS Y EL ESTADO DE DERECHO. EL COMPORTAMIENTO DE LA CLASE POLÍTICA

A pesar de que, como dijimos, en esta ocasión pretendemos descontextualizar el análisis como base para el desarrollo de algunas de las valoraciones que se expresarán, sería incorrecto no colaborar y repasar omitir algunos extremos de la situación vivida en la República Argentina a mediados de la década de los años 70 del siglo pasado.

Ya antes del fallecimiento del presidente Juan Domingo Perón, el 1/07/1974, el nivel de violencia social e institucional en Argentina era insoportable. A esos años le corresponden el nacimiento de la llamada “triple A”, Asociación Anticomunista Argentina, que había desarrollado con apoyo o desde algunos sectores del gobierno un conjunto muy importante de crímenes políticos.

Con el argumento de combatir la violencia de algunos sectores militantes de la izquierda política, se firman durante el año 1975, es decir todavía durante un gobierno democrático, cuatro decretos de “aniquilar” a la llamada 'subversión'.

La referencia al verbo no es un error ni una calificación caprichosa, el art. 1º, reglaba textualmente que: “*El Comando General del Ejercito procederá a ejecutar las*

³ AMBOS, K., Impunidad y derecho penal internacional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 278. NINO, C., Juicio al mal absoluto, Ed. Siglo Veintiuno, 2015, Buenos Aires, p. 276.

*operaciones militares necesarias para neutralizar y/o **aniquilar** la actividad de los elementos subversivos... ”.*

En el diccionario de nuestra lengua la definición de aniquilar, remite a sinónimos como exterminar, arrasarse, dinamitar, masacrar, desvastar, destrozar y destruir. Una nota curiosa surge de ver la acepción del verbo en el contexto de la física: “*Dicho de una partícula elemental. Reaccionar con su antipartícula, de forma que desaparecen ambas (...)*”. La idea de que alguien puede desaparecer es tristemente célebre en la Argentina.

Todos estos decretos fueron suscriptos luego de la muerte del presidente Perón. El primero de ellos lo fue por su esposa en ejercicio del poder ejecutivo, la Sra. Estela Maris Martínez de Perón exclusivamente para las operaciones en la Provincia de Tucumán (“Operativo Independencia”) y los tres siguientes firmados por algunos ministros y por Ítalo Luder, quien estaba a cargo del Poder Ejecutivo.

Hay que decir que al reestablecerse la vida democrática en Argentina en diciembre de 1983 y ya sometidos a juicio los comandantes de las primeras juntas militares, éstos habrían de invocar como legitimación de su accionar la existencia de esos decretos (por ejemplo y particularmente Dec. PEN 261/75 y 2272/75)⁴.

Como se afirmó, esos lamentables tres decretos que nacionalizaron el *aniquilamiento* fueron firmados en el contexto de un gobierno elegido de forma democrática que, paradójicamente, *mutatis mutandis*, era del signo político de la mayoría de las víctimas de la represión militar. Allí estaban las firmas, por ejemplo, de quién como Senador ejercía la Presidencia en ausencia de la expresidenta, Italo Luder, y los conocidos y protagonistas peronistas de la vida democrática y política posterior Antonio Cafiero y Carlos Ruckauf.

Como ya dijimos, esos decretos fueron invocados incluso en el juicio luego por quienes habían conducido una de las épocas más trágicas de nuestro país.⁵

⁴ Para SANCINETTI y FERRANTE ello demuestra que el accionar ilícito del Estado ya había comenzado antes del golpe institucional. SANCINETTI, M./ FERRANTE, M., El derecho penal en la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 100. NINO, C., Juicio, 2015, p. 239 y ss.

⁵ VERBITSKY, H., Civiles y militares. Memoria secreta de la transición, Ed. Sudamericana, 2003, p. 25.

Según cuentan las crónicas periodísticas de la época y algunas investigaciones de mayor alcance, Luder y algunos otros miembros del partido peronista habían tenido un comportamiento muy alejado de los requisitos éticos que iría a exigir la recuperación democrática.

Más allá de haber firmado esas decisiones que han sido el comienzo o los actos preparatorios del desastre humanitario de los años posteriores no es posible eludir la información acerca de que el Almirante Massera habría pedido el apoyo de la ya expresidenta María Estela Martínez de Perón para lanzarse a una candidatura presidencial con el peronista Antonio Cafiero como compañero de fórmula⁶.

Pero adicionalmente es también llamativo que una vez elegido el dirigente radical Raúl Alfonsín en el año 1983, el flamante presidente le haya ofrecido paradójicamente a Italo Luder la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, honrando justamente, a quien había generado un escenario normativo de lucha contra la subversión cubierto por disposiciones muy nocivas y que para nada respetaban el estado de derecho, más allá de la emergencia de violencia política por la que atravesaba el país.

Estos son solo algunos ejemplos que explican algunas sombras en el proceso de re-dignificación del sistema institucional y político del país. Como mínimo el estándar de preocupación por el juzgamiento de las masivas violaciones a los derechos humanos estaba lejos de poder ser comparado con el de los organismos no gubernamentales como el Cels (centro de estudios legales y sociales), el Medh (movimiento ecuménico por los derechos humanos), la Liga Argentina por los Derechos Humanos, la Asamblea Permanente, las Madres de Plaza de Mayo, entre otros.

III. LOS HECHOS

El 24/03/1976, las fuerzas armadas de la República Argentina derrocaron de facto a un gobierno democrático e iniciaron la etapa más oscura y trágica de la cual se tenga recuerdo hasta que en el 10/12/1983 se pudo reinstaurar el sistema democrático.

⁶ LARRAQUY, M., Lopez Rega. La biografía, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pp. 385. No se desconoce el marco histórico político que se vivía también en España y su legislación a posteriori, sobre ello véase DÍAZ y GARCÍA COLLADO, M., Enaltecimiento y justificación del terrorismo y descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Breves apuntes para la derogación del artículo 578 CP en LUZÓN PEÑA (director y otros), Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70º aniversario, BOE/Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, 2024, 855-872.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

La creación de la llamada CONADEP⁷ y el Juicio mismo pudieron dejar a las claras los detalles de un plan absolutamente macabro llevado a cabo por las tres fuerzas armadas: el ejército, la marina y la fuerza aérea.

La excusa fue el combate a la llamada *guerrilla terrorista*.

A partir de la toma del poder se desarrolló un plan criminal en todo el país, coordinado entre las tres fuerzas armadas y las demás instituciones policiales y fuerzas de seguridad que implicó entre otros hechos aberrantes: una enorme cantidad de homicidios agravados por diversas circunstancias, un número sorprendente de privaciones ilegales de la libertad también agravantes, permanente aplicación de tormentos, robos agravados a las víctimas de estos operativos; falsedades ideológicas en instrumentos públicos muchas veces para el desapoderamiento de sus bienes; usurpaciones, reducciones a servidumbre; extorsiones; secuestros extorsivos, supresiones de documentos; sustracciones de menores, aplicación de tormentos seguidas de muerte y encubrimientos.

El establecimiento fidedigno de la identidad y número de las víctimas ha tenido el obstáculo, como ya se mencionó, del nacimiento de un nuevo concepto en el terror de estado: la desaparición forzada de personas. Los cadáveres eran enterrados en fosas comunes o arrojados al mar o al Río de la Plata luego de una inyección de la droga pentotal sódico en el cuerpo de la víctima. Esa dificultad quizá explique que haya nacido una institución de la importancia mundial del Equipo Argentino de Antropología Forense⁸. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) estimó el número de desaparecidos en 8,900. Sin embargo, organismos de derechos humanos posteriormente calcularon que la cifra real era de aproximadamente 30,000.

La propia Cámara Federal de Apelaciones expresó con claridad que el 24 de marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y asumieron al Gobierno, algunos de los procesados, en su calidad de comandantes en Jefe

⁷ Comisión Nacional por la Desaparición forzada de personas.

⁸ Nacido en 1984, por impulso de diferentes organismos de derechos humanos a efectos de profundizar técnicas para descubrir la identidad de personas enterradas sin identidad y brindar la información a la justicia y a las familias de las víctimas. Desde 1986, el Equipo ha trabajado en 50 países de Latinoamérica, África, Europa y Asia; en lugares como Bosnia, Angola, Timor Oriental, Polinesia francesa, Croacia, Kurdistán iraquí, Kosovo. Gracias a las Abuelas de Plaza de Mayo y otros organismos, se formó el EAAF con el apoyo de Clyde SNOW un experto de fama mundial en esta actividad.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en:

- a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia;
- b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia;
- c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas;
- d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral;
- e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento;
- f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.

Pero esta descripción debe subrayar algunos elementos que se han confirmado en el juicio y que ponen en evidencia la ejecución de un plan que debería haber sido evaluado de modo diverso a *como lo han hecho los jueces* de este importante juicio.

En primer lugar, quienes tomaron el poder por la fuerza decidieron invocar algunas de las disposiciones normativas vigentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando de lado aquellas que impedían ese actuar criminal y clandestino.

Integraba este modelo la garantía de impunidad para los ejecutores (pero, claro, también para los conductores de la junta militar). Por eso es que se buscó que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos ilegales.

Asimismo, se dispuso que se nieguen y oculten los hechos ante las solicitudes del poder judicial, de familiares y gobiernos extranjeros.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

Se efectuaron falsas investigaciones sobre lo que ocurría y se intentó persuadir a la opinión pública nacional y extranjera de la supuesta falsedad de las denuncias argumentando que se trataban de campañas armadas por las mismas organizaciones guerrilleras solo para procurar el desprestigio de gobierno.

Se evitó la publicación en la prensa de noticias relativas a desapariciones de personas o hallazgos de cadáveres y se pusieron en funcionamiento centros administrativos para la supuesta búsqueda de personas a sabiendas de su inutilidad.

Quedó claro que los acusados tuvieron el dominio de los hechos debido a que justamente “controlaban la organización que los produjo”. Puede leerse en la sentencia un párrafo muy ilustrativo y que justificaba esperanzas de penas muy altas para todos los acusados: “(...) *los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar*”.⁹

Para la Cámara, esa suma de factores era imprescindible para la ejecución del plan.

Los jueces recordaron que los acusados “*no solo dirigían sus respectivas fuerzas sino también a las de seguridad (...) con lo que no existía autoridad que pudiera controlar eficazmente lo que acontecía*”¹⁰.

Por ello, se llega a la conclusión correcta de que el ejecutor concreto de los hechos “pierde relevancia”, ya que el dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, “(...) *(si)...algún subordinado...se resistiera...sería automáticamente reemplazado por otro (...)*”, que sí ejecutaría el hecho.¹¹

⁹ Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. También es un problema de las “múltiples manos” en una estructura burocrática, véase en THOMPSON, D., La ética política y el ejercicio de cargos públicos, Gedisa, 1999, Barcelona, pp. 65-66.

¹⁰ Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. También en la doctrina penal se lo denomina “injusto sistémico”, véase LAMPE, E. Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW, 106, 1994, 683-745, p. 695.

¹¹ Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. Sobre el concepto de “fungibilidad”, véase ROXIN, C. Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del

El plan trazado no podía ser frenado o frustrado por la decisión del ejecutor del nivel operativo, ya que él era un “*mero engranaje de una gigantesca maquinaria*”¹².

Para los jueces quedaría probado que, en la ejecución de los hechos propios del plan criminal, en algunos operativos, los subordinados cometieron delitos que no formaban parte de las órdenes, pero que eran consecuencias previsibles del plan adoptado.

Esta descripción de los hechos implicaba un conjunto de consecuencias en el plano de las atribuciones a los acusados que luego solo se reflejaron parcialmente y con ciertas debilidades argumentales.

IV. LA ACUSACIÓN DEL FISCAL

Como ya es conocido la Fiscalía acusó en base a poco más de 700 casos de un primer universo, como ya se afirmó, de alrededor de 8000 casos detectados por la Comisión nacional sobre la desaparición forzada de personas (CONADEP); es decir, ya el trabajo de la Fiscalía, más allá de las aristas positivas, culminó en una acusación que significaba un porcentaje menor al 9 % de los casos identificados.

En su alegato final, el Fiscal concluyó con la siguiente acusación:

a) Jorge Rafael Videla, como autor penalmente responsable de 83 homicidios calificados, 504 privaciones ilegales de la libertad calificada, 254 aplicaciones de tormentos, 94 robos agravados; 180 falsedades ideológicas en instrumentos públicos; 4 usurpaciones, 23 reducciones a servidumbre; una extorsión; 2 secuestros extorsivos; una supresión de documento; 7 sustracciones de menores; 7 aplicaciones de tormentos seguida de muerte, a la pena de reclusión perpetua.

b) Emilio Eduardo Massera como autor penalmente responsable de 83 homicidios calificados; 523 privaciones de la libertad calificada; 267 aplicaciones de tormentos; 102 robos agravados; 201 falsedades ideológicas de documentos públicos; 4 usurpaciones; 23 reducciones a servidumbre; una extorsión; 2 secuestros extorsivos; 1 supresión de

Perú, en: AMBOS/MEINI (eds.), La autoría mediata: el caso Fujimori, (trad. DÓMINE), Ara, Lima, 2014, pp. 99.

¹² Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, causa 13/85. Véase los presupuestos de la autoría mediata en ROXIN, C., Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStR, 125/2007, pp. 1 y ss.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

documento; 11 sustracciones de menores; 7 tormentos seguidos de muerte, la pena de reclusión perpetua.

c) Orlando Ramón Agosti, por ser autor penalmente responsable de 88 homicidios calificados; 581 privaciones ilegales de la libertad calificada; 278 aplicaciones de tormentos; 110 robos agravados; 234 falsedades ideológicas en instrumento público; 6 usurpaciones; 27 reducciones a servidumbre; 1 extorsión; 2 secuestros extorsivos; 1 supresión de documentos; 11 sustracciones de menores; 7 tormentos seguidos de muerte; la pena de reclusión perpetua;

d) Roberto Eduardo Viola, como autor penalmente responsable de 5 homicidios calificados; 152 privaciones ilegales de libertad calificada; 49 aplicaciones de tormentos; 17 robos agravados; 105 falsedades ideológicas de documentos públicos; 32 reducciones a servidumbre; una sustracción de menores, a la pena de reclusión perpetua;

e) Armando Lambruschini por ser autor penalmente responsable de 5 homicidios calificados; 117 privaciones de libertad calificada; 35 aplicaciones de tormentos; 8 robos agravados; 96 falsedades ideológicas de documentos públicos; una usurpación; 32 reducciones a servidumbre; una sustracción de menores, a la pena de reclusión perpetua;

f) Leopoldo Fortunato Galtieri, por ser autor penalmente responsable de 11 privaciones de libertad calificada; 1 aplicación de tormentos, 17 falsedades ideológicas de documento público; 1 usurpación; 8 reducciones a servidumbre, 217 encubrimiento, a la pena de 15 años de prisión.

g) Omar Rubens Graffigna, por ser autor penalmente responsable de 34 privaciones ilegales de la libertad; 15 aplicaciones de tormentos; 67 falsedades ideológicas de documento público; 1 usurpación; 18 reducciones a servidumbre; 172 encubrimientos; y 1 sustracción de menores, a la pena de quince años de prisión.

h) Jorge Isaac Anaya como autor penalmente responsable de 1 privación ilegal calificada; 3 falsedades ideológicas en documento público; una usurpación; una reducción a servidumbre; y 217 encubrimientos, a la pena de 12 años de prisión.

i) Basilio Lami Dozo por ser autor penalmente responsable de 1 privación ilegal de la libertad calificada; 1 falsedad ideológica de instrumento público; 1 usurpación; 1 reducción a servidumbre; y 217 encubrimientos, a la pena de diez años de prisión.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

Para resumir, el Fiscal solicitó las penas de reclusión perpetua en 5 de los 9 acusados. En dos de los casos, solicitó las penas de 15 años de prisión, y para los dos casos menos graves, solicitó las penas de 12 y 10 años respectivamente.

Las penas aplicadas en la decisión de la condena de la cámara de apelaciones fueron muy distintas y, como se pretende exponer, ese tránsito entre lo pretendido por el Ministerio Público y el resultado final estuvo condicionado, según podemos ver, por algunos errores conceptuales y varias contradicciones que sin duda han sorprendido.

A Jorge R. Videla se le atribuyeron 66 homicidios doblemente calificados por alevosía e intervención de tres o más personas; 4 tormentos seguidos de muerte; 93 tormentos; 306 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas; 26 robos. Se resolvió aplicarle la pena de reclusión perpetua.

A Emilio E. Massera, se lo encontró responsable de tres homicidios agravados por alevosía; 12 tormentos; 69 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas; y 7 robos, se le aplicó la pena de prisión perpetua.

A Orlando R. Agosti, se lo consideró responsable de 8 tormentos y de 3 robos, se le aplicó una pena de cuatro años y seis meses de prisión.

A Roberto E. Viola, se le determinó responsabilidad en 11 tormentos; 86 privaciones ilegales de libertad y 3 robos, le correspondió una pena privativa de la libertad de 17 años de prisión.

A Armando Lambruschini, se le atribuyeron 35 privaciones ilegales de libertad y de 10 tormentos, le correspondiente en ocho años de prisión.

Y, por último, la sentencia terminó absolviendo a Leopoldo Fortunato Galtieri, Omar Rubens Graffigna, Jorge Isaac Anaya y Basilio Lami Dozo.

V. EL -NO- JUZGAMIENTO DEL DELITO DE REBELIÓN

Mas allá de que en este aporte pretendemos hacer eje en el problema de la imputación de autoría, coautoría y, en todo caso, de la participación que estuvo en la base de la sentencia, hay que expresar algunas omisiones curiosas.

Nos referimos a la no acusación y condena por el delito de rebelión o sedición. El artículo 226 del código penal argentino (más adelante CP) reprimía al que se *“alzarse en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del*

gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales". Para esa acción, en la norma, se preveía una pena de 3 a 10 años.

Como vemos, el máximo de la pena es muy superior a algunas de las sanciones recibidas por aquellos que, para decirlo con claridad, habían depuesto al Gobierno constitucional.

Esa acción hubiera impedido que se formulara cualquier absolución a quienes se juzgaba. Todos quienes ocuparon la conducción del gobierno de facto eran responsables de haber impedido, "aunque sea temporalmente", "el libre ejercicio" de las "facultades constitucionales" o la "formación o renovación en los términos y formas legales". Las razones por las cuales ese delito no formó parte de la acusación y la condena seguramente no tienen sostén ni fáctico ni normativo.

Con razón SANCINETTI afirmó tempranamente que: *"era un proceso por ese delito el que debió haber constituido la verdadera causa por los derechos humanos, por lo que significó finalmente aquel alzamiento militar. Y un juicio por rebelión sí habría podido tramitar sin dificultad en muy poco tiempo, porque la comisión del delito es acreditable en este caso por infinidad de instrumentos públicos emanados de los propios coautores, y habría permitido, por consiguiente, la rápida aplicación de una pena de hasta diez años de prisión; lo suficiente como para tramitar con mayor serenidad el juicio por secuestros, torturas, robos y muertes"*¹³.

Un extremo que parece obvio, pero que hay que resaltar, es que nunca existió, ni antes ni ahora, al menos según la legislación sustantiva vigente, un principio de oportunidad procesal en el ámbito de la legislación argentina. Por ejemplo, el § 153 de la ordenanza procesal penal alemana (StPO) establece que la fiscalía puede prescindir de la persecución en asuntos de poca importancia y si no hay interés público. Del mismo modo, aunque con aprobación del Tribunal, el Fiscal puede prescindir de esa persecución en casos que el acusado brinde algún tipo de reparación (§ 153 a StPO) y también sucede algo similar en hechos cometidos en el extranjero (§ 153 c StPO), o que existan motivos políticos para la no persecución (grave desventaja para Alemania) -§153 d StPO-, y en

¹³ SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 18.

hechos de arrepentimiento activo en algunos casos (§ 153 e StPO), o de hechos punibles accesorios no esenciales (§ 154 StPO)¹⁴.

Las normas mencionadas han generado debate en la ciencia alemana. Según VOLK: *“No se trata de excepciones dudosas al ‘sublime’ principio de legalidad que permitirían a la Fiscalía ejercer una discrecionalidad y decidir los casos de una u otra forma según la conveniencia. Teniendo en cuenta los escasos recursos, la fiscalía no puede perseguir cada sospecha de un delito con la misma intensidad. Es legítimo establecer puntos centrales (...) el principio de oportunidad permite a la fiscalía tomar una decisión jurídica que la ayuda a concentrarse en lo relevante (...)”*¹⁵¹⁶.

Aunque el mismo VOLK más adelante afirma: *“El principio de oportunidad, concebido como una excepción al principio de legalidad, se ha transformado hace tiempo en un instrumento confuso desde el punto de vista teórico, pero irrenunciable en la práctica. Este principio permite a las autoridades a cargo de la persecución establecer los puntos centrales de la lucha contra el crimen”*¹⁷.

ROXIN/SCHÜNEMANN afirman que solo en cuatro grupos de casos opera la excepción al principio de legalidad procesal. Aquellos cuatro casos son el interés insignificante, interés sustituible, interés disminuido y el interés privatizado. Aunque estos autores mantienen una postura crítica para algunos supuestos¹⁸.

En cualquier caso, esa posibilidad era en el derecho penal argentino absolutamente *contra legem*. Obviamente esa limitación no era solo aplicable al problema del delito de rebelión sino a todo un proceso penal que en la reducción de lo imputable no ha tenido límites a su discrecionalidad.

¹⁴ GOMEZ COLOMER, J., El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 330.

¹⁵ VOLK, K., Curso fundamental. Ordenanza procesal penal alemana, trad. de la 7ma edición alemana por A. Nanzer, Noelia Núñez, Daniel Pastor y Eugenio Sarabayrouse, 2016, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 182.

¹⁶ Véase a favor COSACOV, G., El mito de la no impunidad, Centro de investigaciones jurídicas y sociales, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988.

¹⁷ VOLK, K., Curso, 2016, p. 254.

¹⁸ ROXIN, C./SCHÜNEMANN, B., Derecho procesal penal, trad. Amoretti y Rolón, Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 160.

VI. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

El gobierno democrático buscó inicialmente el camino del auto juzgamiento de las fuerzas armadas. Por eso mismo se genera el decreto 158/83 en el que se mandaba a instruir el caso ante el Consejo Supremo de esas Fuerzas. La propia indolencia de esa corporación fue el antecedente procesal del juicio mismo. Pero todo esto anunciaba un ir y venir que iría a quitar solidez al tratamiento jurídico.

Lo dudoso de todo el trámite queda patente en la preocupación que emana de la sentencia, con pretensiones de un relevamiento académico quizá un poco excesivas (y muchas veces desarrollando caminos incorrectos), por definir en primer lugar que los hechos correspondían a la jurisdicción militar y, por eso mismo, los jueces remitieron el análisis al artículo 514 del Código de Justicia militar (CJM), norma según la cual cada vez que se cometa un delito por la ejecución de una “orden de servicio” el único responsable será el superior de quien emanó dicha orden en el carácter de autor, y, en todo caso, el inferior solo será considerado como partícipe si se hubiera excedido en el cumplimiento de lo ordenado.

Una vez dejado mencionada aquella regulación normativa del CJM, la Cámara Federal de Apelaciones interpretaba que se “*adopta un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar*”. Siguiendo aquel criterio material del CJM, dicha Cámara sostiene que: “*la norma (...) no ha recibido objeción constitucional alguna, consagra legislativamente un supuesto de autoría mediata*”.

De modo tal, los magistrados de la Cámara suponen “*(...) enrolarse en el criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación*”. Sosteniendo que: “*la doctrina está en general de acuerdo con asignar el nombre de "autor mediato" al que se vale de persona para ejecutar la acción típica*”.

Más allá de algunas consecuencias obtenidas de esa decisión que pueden parecer derivaciones razonables de la legislación vigente, todavía hay que explicar las razones por las cuales pueden ser consideradas *ordenes de servicio* aquellas que mandaban a realizar crímenes contra la humanidad.

Es difícil encontrar razones que justifiquen que delitos de tal gravedad cometidos por las fuerzas armadas que tomaron el poder de facto mediante el delito primigenio de sedición, debieran ser juzgados bajo el sistema y la jurisdicción militar. Tal vez esta decisión se relacione con la necesidad 'política' de destacar el deber de obediencia de los subordinados y asegurar las penas leves para los líderes de la represión.

VII. EL CONCEPTO DE AUTORÍA UTILIZADO Y LOS LÍMITES NO EXPLICADOS DE LA IMPUTACIÓN Y CONDENA

Como vimos, la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones se hace cargo del problema que estaba en la base del caso y que generó debates antes y después de la condena.

¿De qué modo se puede considerar autor a quien no ha ejecutado en forma directa las acciones que se definen como ilícito, pero que de algún modo ha dominado el funcionamiento de un aparato de poder desarrollado en plena ilegalidad y que ha producido delitos de gravedad calificados como de lesa humanidad?¹⁹

Hay que subrayar como un punto a favor de esta importante decisión el hecho de que es la siguiente: los jueces reconocieron en un caso de enorme relevancia que era factible imputar autoría a un autor de escritorio en casos en los cuales el ejecutor también podía ser imputado y no era visible ninguna eximente que pudiera justificar el traslado de la imputación del ejecutor de propia mano al ámbito de quien dominaba la estructura de poder²⁰.

En el caso que se juzgó en la Argentina se daban los criterios que la doctrina dominante parece exigir para la aplicación del concepto de autoría por dominio subjetivo de un aparato de poder: una estructura organizada jerárquicamente, dominada por el hombre de atrás, que a raíz de esa conducción el organismo se haya apartado en forma absoluta del ordenamiento jurídico y que el ejecutor aparezca meramente como una pieza

¹⁹ Sobre este tema he reflexionado en RUSCONI, M., La imputación de autoría y sus límites a la luz de las necesidades de la moderna política criminal de protección de los derechos humanos, en M-Divito, Antonini, Testimonio de Derecho penal. Homenaje a Andrés José D' Alessio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 157. Sin embargo, luego de tantos años, es muy factible que ni mis preguntas ni mis conclusiones sean similares.

²⁰ ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, t. II, trad. Luzón Peña (direc.), Civitas, 2014, § 25, pp. 105; HILGENDORF/VALERIUS, Derecho Penal. Parte General. Trad. Dias y Sancinetti, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 182.

intercambiable en el engranaje del aparato de poder, y eventualmente que tiene que detentar una predisposición alta y vinculable con la organización²¹.

Como sabemos, ya en los comienzos ROXIN formuló diversas posibilidades teóricas de la autoría mediata: la última y más cercana a la problemática que analizamos en este caso se relaciona con el funcionamiento de los aparatos de poder estatales organizados.

La responsabilidad del autor que emite una orden ilegítima desde su escritorio no puede fundamentarse en el dominio a través de la falta de punibilidad del autor inmediato, ya que el ejecutor es perfectamente punible. Es por ello por lo que la responsabilidad del autor mediato debe buscarse en un argumento propio del funcionamiento de estas grandes estructuras: *la fungibilidad del instrumento, por ejemplo*. Más allá del contacto físico con el ejecutor o de la posibilidad de la decisión final de ejecución en manos del autor inmediato, es claro que el dominio del hecho se basa en la estructura misma del organismo que asegura de manera inevitable que la orden se cumplirá²².

Justamente esta sentencia es aquella en la que se produce el ingreso un tanto confuso de esta categoría conceptual. En la denominada causa 13/85, el problema de la fundamentación de autoría era uno de los ejes del juzgamiento a los “excomandantes” que detentaron el poder político de facto durante la dictadura militar.

En forma correcta, la Fiscalía se hizo las siguientes preguntas: “¿quién es el autor de un hecho delictivo que se comete mediante la utilización de un aparato de poder? ¿puede ser considerado autor de los hechos delictivos cometidos en el seno de un aparato organizado de poder el que dirige esa estructura de poder, aunque no haya participado materialmente en la ejecución de los hechos?”.

Y continua el fiscal indagando: “El que dirige un aparato organizado de poder ¿domina los hechos delictivos? ¿Es dueño de la situación delictiva, a pesar de no intervenir personalmente en la realización de ésta?”²³

²¹ WESSELS/WERNER/SATZGER, Derecho penal. Parte General. El delito y su estructura, trad. de la edición alemana por Arana, Lima, 2018, p. 379.

²² STRATENWERTH, G., Derecho penal. Parte General. Hecho punible, Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 242. ROXIN, C. en AMBOS/MEINI (eds.), La autoría mediata, 2014, p. 99.

²³ Véase la acusación de los Fiscales STRASSERA y MORENO OCAMPO. Acerca del concepto de autoría mediata formulado del mismo modo en RENGIER, R. Strafrecht. Allgemeiner Teil, C.H. Beck, 2020, § 38, p. 398.

Culminaba la explicación en este punto afirmando el Fiscal que: *“Si la respuesta a este interrogante es, como creo, afirmativa, se podrá sostener que el llamado autor de escritorio domina los hechos que realiza el aparato de poder que dirige; esto es que sobre determina la causalidad que conduce a todos y a cada uno de los hechos ilícitos realizados por ese aparato de poder. Y de modo ya un poco más preciso, afirma: “esa respuesta apareja consecuencias distintas de las que produciría si a idéntico interrogante se respondiera diciendo que se trata de instigadores y no de autores (...) la afirmación de que son autores lleva a sostener que el comienzo de ejecución tiene lugar en el momento en que se dan las órdenes ilegales (...).”*

En estas organizaciones -sigue diciendo el Fiscal- existe una estructura objetiva suficiente, que justifica el traslado o remisión del carácter de autor a quien da las órdenes sin restarlo del ejecutor inmediato...el aparato se presenta objetivamente como el fundamento de la extensión de la categoría de autor a quien se encuentra en la cúspide de la estructura”²⁴.

Para algunos la explicación y fundamentación de la autoría mediata en estos casos requiere la utilización de la figura del dominio por organización. Pero se ha dicho que: *“ello más que dar una respuesta significa el planteo del problema: todavía queda por ver cuáles son aquellas características de organización que posibilitan el funcionamiento racional de este sistema de imputación”²⁵.*

Lo que en general podría ser un problema, en verdad, en esta causal no lo era: el gobierno *de facto* reflejó una organización que había adquirido de modo puntilloso todas las características necesarias para el montaje de un plan sistemático de producción de delitos de extrema gravedad que no dependían, por lo menos en gran parte del desarrollo, de ninguna decisión de persona particular en los niveles operativos: el plan estructural era todo lo necesario. La dictadura argentina, como exploraremos, puso en funcionamiento lo que teóricamente había descrito Roxin trece años antes o había sucedido en Europa central entre fines de la década de los años 30 del siglo pasado y mediados de los años 40.

²⁴ STRASSERA/ MORENO OCAMPO.

²⁵ AMBOS, K, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 32.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

Aun así, el traslado del concepto a la jurisprudencia argentina que debía juzgar estos hechos no fue sencillo a partir de esta sentencia en el largo camino que se desarrolló en las últimas décadas. No será materia de análisis aquí, pero la posibilidad de imputación a los que integraban la cúpula osciló entre autoría mediata, coautoría y complicidad necesaria (primaria)²⁶.

El trabajo de la Fiscalía, en este punto como muchos otros, fue muy superior al que desarrolló la Cámara.

La acusación del Fiscal menciona los casos correctamente de Stachinskij y Eichmann que habían sido situaciones inspiradoras en el planteo de ROXIN. En relación con este último se dijo: *Aquí no se trataba ya de la realización de un delito individualmente considerado, sino de una serie numerosa de delitos, en alguna medida similares a los que están bajo juzgamiento antes estos estrados...fue considerado autor el sujeto enjuiciado, no obstante ser ajeno a la realización material de algún acto de los descriptos en el tipo delictivo.*

La fiscalía y quizá también el Tribunal pudieron comprender que se trataba de un modelo de imputación a la cuenta del autor que se desconectaba por completo de cualquier exigencia causal como la cercanía física con el comportamiento del ejecutor.

Incluso es posible pensar hoy que cuanto más lejos en la cadena de mandos se ubica el que da la orden del hecho mismo o domina el aparato de poder para su ejecución masivas de ese tipo de hechos, en mayor medida se consolida la imputación a título de autor mediato.

Ahora bien, la Cámara continuó su análisis con afirmaciones que analizadas a la luz de sus conclusiones punitivas no pueden menos que sorprender.

Los jueces sostuvieron que: *“Conforme se ha acreditado en la causa, las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron acompañadas de un intenso adoctrinamiento acerca de que se trataba de acciones de una guerra no convencional, y que constituían la única forma de combatir la delincuencia revolucionaria. En esas condiciones, es presumible que muchos*

²⁶ BACIGALUPO, E., Dominio del hecho, autoría mediata y derecho penal internacional, en Anuario de Derecho Penal, 2011, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 36.

subordinados puedan alegar en su favor la eximente de obediencia debida o un error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron”.

En este punto, en un *obiter dictum* llamativo, los jueces ya sientan posición tranquilizadora para los ejecutores sometidos a proceso en el futuro. La dualidad 'obediencia debida o un error invencible' sugiere que la primera opera en el ámbito de la justificación de modo distinto de lo que sucede con los casos de error sobre la antijuricidad o justificación que, como sabemos, desarrollarían sus efectos normalmente en el ámbito de la culpabilidad.

No podemos ocuparnos aquí en profundidad de este problema, pero la visión de los jueces es factible que hubiera implicado una concepción errada. Es que quizá la obediencia debida o jerárquica, como eximente, no implique otra cosa que una forma de tratamiento específico -por razones de las limitadas capacidades de revisión de la legitimidad de la orden por parte del receptor -un militar- de un error de prohibición que en condiciones normales -para un receptor civil- sería evitable y que en una especie de “parte especial” del juicio de evitabilidad se transforma en inevitable “ministerio legis”. Es por ello por lo que en este tipo de delitos denominados de “lesa humanidad” no hay posibilidades de que el ejecutor pueda ampararse en esa eximente. Se trata, en un organismo militar o militarizado, fuertemente vertical, de ordenes ilícitas (si fueran lícitas no hace falta convocar a la obediencia debida o jerárquica), que no son manifiestamente ilícitas (si fueran manifiestamente ilícitas su ejecución salvo casos muy exóticos siempre es un ilícito), que producen un error sobre su legitimidad (si no hubiera un error y el autor subordinado la ejecuta con conciencia perfecta de la antijuricidad -por ejemplo porque tiene una formación cultural o jurídica por encima de la media que posee la tropa- hay culpabilidad), y que ese error es evitable (si fuera inevitable nuevamente no es necesario convocar a esta eximente ya que el caso podría ser resuelto con las reglas usuales del error de prohibición). En condiciones normales, para un individuo del mundo civil ello implica una pena reducida (dependiendo de la teoría del error de la cual partamos), pero en verdad sería inequitativo para el integrante de una fuerza militar: él no posee en un aparato de esa naturaleza las mismas chances, ni tiempo, ni autoridad, ni información como para gozar de un escenario razonable de verificación de la legitimidad de la orden. Lo correcto es que es estos casos la eximente opere como un tratamiento específico y más indulgente del juicio de evitabilidad del error.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

Pero, en todo caso, no había ninguna razón para ocuparse de esta eximente en este proceso cuando no se estaba juzgando a los que recibieron la orden, sino más bien a quienes emitieron aquella. Insólitamente los jueces expresaban de este modo un “ponerle el hombro”, pero a la defensa, algo que luego siempre se ha extrañado en las defensas posteriores de casos más usuales.

Toda la decisión transmite la idea de ir navegando por aguas políticamente aceptables, ¡algo que es, justamente, inaceptable!

Los jueces continuaron afirmando que el hecho de que algunos ejecutaron sin miramientos hechos atroces demostraba que existieron subordinados que no serían alcanzados por la eximente de obediencia debida. Esto, para los jueces, los obligaba a la pregunta sobre la responsabilidad a través de la categoría de autoría mediata para quienes dieron las órdenes, o si en su defecto el camino correcto era la imputación de instigación.

Según la Cámara para determinar la imputación de los acusados carece de importancia el definir la eventual responsabilidad de los ejecutores, ya que aquellos mantuvieron siempre el dominio y deben responder como autores mediatos. Esta afirmación, de un modo u otro, es sin dudas relevante porque establece que la atribución del autor de atrás se funda en razones independientes de las que están en la base de la imputación de los ejecutores. Aunque, como veremos, este camino no ha sido claro.

Los jueces, siguiendo la tesis de ZAFFARONI, afirmaron que “...*los antecedentes reseñados resultan elocuentes en demostrar que la expresión determinar a otro del art. 45 del CP tiene un alcance más vasto que la mera instigación*”²⁷; y que resulta un sustento dogmático mucho más firme de la autoría mediata que la primera parte del art. 45 del CP.

Esta referencia, como algunas otras, merece ser discutida, ya que el “determinar a otro” parece remitir a una relación entre emisor de la determinación y receptor de ese aporte que, justamente, se encuentra desdibujado en los modelos de autoría por dominio subjetivo no de “otro”, no de “una persona”, sino de un aparato de poder.

Adelanto que la conclusión de este trabajo pretende demostrar que el modelo de imputación de autoría y participación utilizado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal ha sido bastante errático en casi todas sus aristas y ello más allá de lo que se pueda opinar sobre las ventajas o desventajas de la importante

²⁷ ZAFFARONI, R., Tratado de Derecho Penal, T. IV., Ediar, Bs. As., 1982, p. 296.

herramienta técnica propuesta por ROXIN. Aquí no se pretende ingresar en ese trayecto ya recorrido con argumentos y debates muy serios, sino que se toma como punto de partida el hecho claro de que los jueces en este caso, por lo menos desde la formulación, abrazaron ese modelo y a partir de allí evaluar la corrección técnica con la cual se desarrollaron tanto los fundamentos de la decisión como la derivación de sus consecuencias.

Obviamente para arribar a este desarrollo uno siempre se beneficia de la templanza y perspectiva que brinda el paso del tiempo y de la necesidad de prescindir del impacto externo (considerado por muchos como enormemente positivo) de esas decisiones en la conciencia cívica de la mayoría de los ciudadanos.

VIII. LOS LÍMITES DE LA IMPUTACIÓN VERTICAL, HORIZONTAL Y TEMPORAL: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD INTERNO

Como vemos, la sentencia reconoce algunos puntos relevantes que, sin embargo, no han producido las consecuencias correctas en el sistema de imputación sobre el que se estructuró el juicio.

En la decisión se describe, por ejemplo, que: las operaciones ilegales contaban frecuentemente con un aviso a la autoridad de la zona para generar un “área libre”, asegurando de este modo que no haya ninguna interferencia ante la eventualidad de que pudiera ser reclamada para intervenir.

Los secuestros ocurrían de noche, con saqueo de las viviendas en el domicilio de las víctimas, quienes eran llevadas de inmediato a unidades militares o policiales distribuidas por todo el país y cuya existencia era ocultada al conocimiento público y los secuestrados eran interrogados en la mayoría de los casos bajo tormentos utilizando métodos de tortura similares.

Este accionar generó avisos que confirmaban el conocimiento de los hechos como el gran número de presentaciones de *habeas corpus* que fueron rechazados debido a que en general las autoridades militares generalmente negaron la detención de los beneficiarios o se proporcionaban informes evasivos y reticentes. En este sentido se destacan las reuniones frecuentes de la Conferencia Episcopal Argentina con los miembros de la Junta Militar.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

A pesar de que los jueces reconocen que se consolidó un sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas y que *“la junta militar se erigió desde el 24 de marzo de 1976, como el máximo órgano político del Estado”*, definieron que todo ello no era suficiente para fundar la imputación a la junta (es decir, la conjunción de las tres fuerzas en sí misma considerada). Esa limitación debe ser objetada ya que, como el propio fiscal lo reconoció, el 28/04/1983 la Junta emitió lo que se llamó como “documento final” en el que se aprobaron en su totalidad los planes llevados a cabo contra la guerrilla. No se trató de un dolo *sub sequens* sino de la admisión o certificación de que durante el gobierno militar hubo en la cúpula del poder un conocimiento conjunto de los planes ejecutados y de sus consecuencias.

Para los jueces el documento, sin embargo, no demuestra que la junta militar fuera quien se encargó de comandar las acciones. Del mismo modo opinaron que la existencia de normas que otorguen facultades no implica que ellas hayan sido ejercidas y que la mutua colaboración entre fuerzas tampoco certifica la intervención de un ente superior.

Por todo ello, concluyeron que la idea de una responsabilidad global de las diferentes juntas militares: *“no encuentra sustento en la prueba incorporada al expediente (...). Descartado como quedó que los hechos delictivos respondieran a órdenes emanadas de la Junta Militar o perpetradas con su asentimiento, la atribución de aquellos se hará en consideración al desempeño de la comandancia en jefe del arma cuya intervención se prueba en la comisión del injusto”*.

Como se advierte, la sentencia instala de modo arbitrario la exigencia de una actuación formal de la llamada “Junta militar” como un órgano superior. Lo correcto en cambio era formular la pregunta de los requisitos de no para semejante ente ideal, sino para sus integrantes, como personas físicas, en cada configuración de las diferentes conducciones del aparato de poder. No se trata de “la Junta” sino de las personas que como sujetos activos u omisivos actuaban en ese nivel.

Un modelo de atribución que tempranamente SANCINETTI analizó bajo los criterios de responsabilidad horizontal, vertical y temporal²⁸: se trata de *“qué responsabilidad les*

²⁸ SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 26.

correspondía a los jefes de cada fuerza, respecto de los hechos cometidos por las otras fuerzas”²⁹.

Es muy razonable pensar que, más allá de algunos detalles en la fundamentación de la acusación, la idea de la Fiscalía en el sentido que cada jefe que, hacia abajo, era autor mediato por dominio del aparato de poder respecto a los hechos de su fuerza, también era coautor con los otros jefes respecto a hechos ajenos a su fuerza tenía todo el sustento.

Para SANCINETTI, en cambio (aunque la diferencia es menor), *“se trataba de una complicidad necesaria -porque ninguna fuerza habría actuado sin el acuerdo de las otras dos, para él la imputación alternativa por complicidad necesaria que también efectuó el fiscal era la correcta, producía, en las altas esferas del mando, idénticos efectos”*.

Es posible pensar, sin embargo, que teniendo en cuenta que la autoría por dominio de la voluntad de un aparato de poder no requiere demostrar el aporte en cada acto lesivo individual o, mejor dicho, que el aporte ya es la propia conducción del aparato pudo y debió haberse visto una coautoría en el máximo nivel administrativo para esa conducción. En términos más bien clásicos y en la concepción más restrictiva del concepto de coautoría: hubo un plan común, un dolo compartido y una división de funciones en el ámbito de la ejecución de ese dominio.

Respecto de los efectos de ambos puntos de partida, en los hechos, es posible que, en estos niveles, la imputación de coautoría hubiera implicado triplicar la posibilidad de círculos concéntricos para la atribución de participación necesaria o no necesaria respecto de cada coautor, aunque ello puede ser discutido. Considerar a los jefes de fuerzas solo cómplices de la autoría por hechos de otra fuerza podría haber limitado, aunque es difícil afirmarlo con certeza, el universo de posibles responsables. Sin embargo, esto no era un problema en este proceso en sí mismo. De un modo u otro la máxima expresividad limitadora del modelo de fundamentación de la Cámara transformó a este debate en puros detalles.

Por, todo ello, quizá no daba lo mismo considerar a los comandantes de cada fuerza como partícipes en los hechos dominados por el autor de escritorio de las otras fuerzas,

²⁹ SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 26. Se responsabiliza por la “acción” de los jefes de cada fuerza, véase la vigencia de la relevancia del concepto de “acción” en la teoría del delito, según ROXIN/GRECO, Strafrecht Allgemeiner Teil, C.H. Beck, München, 2020, § 8, 43d, p. 353.

que considerarlos como coautores que, a su vez, podrían ser instigados y recibir el aporte de partícipes.

En todo caso no son visibles las razones por las cuales la Cámara de Apelaciones, consideró “*absolutamente ajenos a la responsabilidad de cada comandante, los hechos cometidos por cada uno de los otros colegas de mando*”. Lo que luego se denominó *responsabilidad por fuerzas*, concepto contrario a la *responsabilidad por juntas*³⁰.

Cada comandante era autor por dominio del aparato de poder, por así decirlo, “hacia abajo” en la conducción de su fuerza y era coautor (o en todo caso partícipe necesario) de los hechos cometidos por los otros comandantes en la conducción de sus respectivas fuerzas en términos horizontales.

Posiblemente el co-dominio entre los tres comandantes de cada período residía ya en la conducción misma de ese aparato de poder. En ese nivel nadie era en verdad totalmente autosuficiente desde esta perspectiva. De otro modo pareciera que la atribución de autoría continúa vinculada a la conexión individual de cada curso lesivo.

Todo dependerá de en qué lugar u espacio temporal se define el principio de ejecución: o bien en la definición global de todo el plan, o bien en la puesta en funcionamiento de cada fuerza.

En todo caso, ya con todos los elementos mencionados en la misma sentencia era insostenible generar impunidad en la conexión horizontal de atribución.

Como en muchos otros extremos, los camaristas no asumieron las consecuencias racionalmente de optar por el modelo de autoría por dominio del aparato de poder, sino que a la hora de limitar la imputación pareció que se sometían a la influencia de los modelos de dominio más tradicionales (sobre el curso lesivo en forma concreta e individual).

A pesar de que posiblemente la propuesta de ROXIN ha estado muy influida por la mera atribución de hechos de subordinados a la cuenta del autor de dominio subjetivo del aparato de poder y que por ello mismo quizá todavía hay problemas para seguir analizando sobre las consecuencias ulteriores de la importante idea de autoría en estos escenarios vinculadas a algunas alternativas de imputación entre “jerarcas” o “autores de

³⁰ SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 26.

escritorio”, *no hay razones para bloquear la atribución recíproca en ese camino horizontal*: en muchas ocasiones, ese dominio del aparato de poder es justamente colegiado y posibilita una responsabilidad por coautoría.

En el supuesto que se juzgaba en la causa 13/1985 era evidente que entre quienes dominaban la conducción de cada una de las fuerzas armadas había un plan que sostenía un co-dominio sobre la totalidad de hechos ilícitos de gravedad. Mas allá de que en cada fuerza, desde el punto de vista activo y en el nivel operativo, hubiera procesos ejecutivos que se expresaban con independencia.

Que las fuerzas hubieran dividido el territorio nacional para determinar las zonas de influencia prioritaria, por ejemplo, era mucho más un indicador claro de ese plan conjunto que una expresión de limitación de incumbencias jurídicas y administrativas.

Pero la otra limitación no fue menos cuestionable.

Se trató de una limitación bajo una lectura temporal. Por razones que no encuentran ningún fundamento solo se imputaron los hechos en la medida que los comandantes hubieran estado en la conducción de cada fuerza al momento de que ese ilícito haya sucedido.

Se ha tratado de transformar *contra legem* a todos los tipos penales en especiales propios con una calidad que no era exigida en la ley.

Esto es incorrecto aún sin admitir la figura de la coautoría sucesiva para hechos anteriores, ya que se dejaron de lado situaciones indiscutibles como las que implicaron la participación de quienes luego fueron jefes de su fuerza en hechos atribuibles al jefe anterior, pero respecto de los cuales colaboraron como partícipes necesarios (quizá también en carácter de coautores) desde altos cargos en la estructura del órgano de poder.

En sistemas jerarquizados y de carreras tan formales y rígidas era y es evidente que ello sucedió en casi todos los casos. Si el teniente general Viola ocupó un alto cargo durante la Jefatura de Videla y desde ese lugar pudo prestar una colaboración necesaria o incluso haber sido coautor en los términos tradicionales, no había razón para no incluir la atribución de esos actos³¹.

³¹ “La consecuencia práctica más notoria derivada de este punto de vista era la injustificada atenuación o exculpación de la responsabilidad de los miembros de la segunda y tercera junta, a pesar de que sus integrantes habían tenido, por su alta posición en cada arma, una participación decisiva en el plan

Ello redundó en una irracional atenuación de la pena de la segunda y tercera junta respecto de la primera.

IX. EL OLVIDO DE LAS ESTRUCTURAS OMISIVAS POSIBLES

Pero aún si se creyera que no existieron razones para pensar en una atribución en el modelo de las estructuras comisivas, no se entiende cómo no se observó que un sistema que, como mínimo, desde las más altas estructuras de poder, se garantizaban “zonas liberadas”, lo cual era evidente y conocido por propios y extraños, para decirlo en forma vulgar, deja las cosas muy claras para la atribución de los hechos a las fuerzas que no ejecutaban operativos de “su jurisdicción” en base a lo normado en el art. 106 del Código penal³².

Dicho ello, ¿cuál es la razón por la cual estaba bloqueada la atribución por el delito de abandono de persona?

En verdad, hay que decir que la Fiscalía, sin referirse al delito de abandono de persona y con una línea argumental un tanto confusa, acusó de modo subsidiario por la forma omisiva. Según el Fiscal MORENO OCAMPO: “*Aun cuando ellos -los acusados- no hubieran dado órdenes criminales, aun cuando los tormentos, las torturas y las muertes hubieran sido cometidas por oficiales y tropas que no estaban obedeciendo a sus mandos, aun de aceptarse esta postura hipócrita (...) son penalmente responsables; ello es así porque, en determinadas circunstancias, omitir, no actuar, constituye un delito*”³³.

Obviamente el fiscal se refería a la estructura de la comisión por omisión. La acusación dejó establecido que hubo una evidente situación de peligro que determinaba la obligación de actuar, no se realizó la acción mandada y no había ninguna duda que los jefes de esas estructuras tenían capacidad o poder para realizar la acción debida.

conjunto, y, por lo tanto, en todas sus fases de ejecución ya desde la época de la primera junta”, SANCINETTI, M., Análisis crítico, 1988, p. 36. Una descripción también sobre ello, véase en NINO, C. Juicio, 2015, p. 164.

³² El delito del abandono de personas en el art. 106 del código penal argentino: “*El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión*”.

³³ NINO, C., Juicio, 2015, p. 160; FONTEVECCHIA, J. (Direc.), El libro del diario del Juicio, Ed. Perfil, Buenos Aires, 1985, p. 268.

Adicionalmente los acusados, como fue demostrado, conocían la situación de peligro y el curso salvador era inminente.

Por último, los jefes de las fuerzas sometidos a juicio estaban en posición de garante. Su especial relación de poder, debemos decir, hace que esa posición de garante la hayan tenido en doble calidad: en relación con los bienes jurídicos sometidos a riesgos y en relación con la fuente mismo de esos riesgos o peligros. Es un raro caso de superposición de legitimaciones fácticas y normativas para el establecimiento del rol de garantes.

Hay que recordar que se trata de una escala penal que en su máximo es realmente relevante: ¿no había posición de garante en la jefatura de cada fuerza respecto de la totalidad de los riesgos o de las personas sometidas a esos riesgos propios del sistema puesto en funcionamiento?

Por supuesto para quien cree que a través de la figura de comisión por omisión es posible interpretar que esos comportamientos estaban también alcanzados por la figura del tipo activo (aún sin una norma de equivalencia en la Parte General del Código Penal de la Argentina) entonces hay todavía más razones para entender que aquí había en la sentencia un error.

X. EL CONCURSO DE DELITOS Y UNA CURIOSA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Por otro lado, la decisión judicial analizada con criterio posiblemente defendible condenó por las figuras en concurso real (art. 55 del Código Penal). Lo llamativo es que si se tomaba en serio el hecho de que los delitos cometidos concursaban en forma real entonces se hacía casi imposible justificar las penas adjudicadas.

La referencia no remite obviamente a los casos de reclusión o prisión perpetua relacionados con Videla y Massera, y tampoco con las absoluciones (más allá de su insostenibilidad), sino a las penas intermedias de Agosti (4 años y seis meses), Viola (17 años) y Lambruschini (8 años).

Teniendo en cuenta las escalas penales de los tipos imputados, no queda claro cuáles han sido los criterios que se utilizaron para la fundamentación punitiva en la sentencia penal. Las confusas y esporádicas referencias normativas no ayudan.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

En el caso de Agostí, por ejemplo, que se haya considerado que “8 tormentos” y “3 robos” merecen una pena de 4 años y seis meses representa una idea casi abolicionista del sistema penal.

Pero con la referencia concursal o sin ella tampoco se entiende de qué modo se interpretaron los criterios de los artículos 40 y 41 del CP³⁴, en los que se refiere a las circunstancias objetivas y subjetivas del sujeto a la hora de justificar la determinación de la pena.

Toda esa parte de la fundamentación se encuentra -como dice HART- en “*la zona de las penumbras*”. No hay modo de otorgarle una pátina de racionalidad a la distribución del castigo en uno de los juicios más trascendentes de la historia judicial argentina.

Adicionalmente se encuentra el problema mencionado correctamente por SANCINETTI³⁵ de haber parificado la cantidad de hechos con la cantidad de víctimas: como si fuera consecuencia de una desopilante interpretación del alcance del concepto de delito continuado.

Para que quede clara la arbitrariedad de la determinación de la pena, es decir, ya tomando como un dato irreversible la reducida atribución *contra legem* en sí misma, alcanza con mencionar dos casos.

El de Agosti, uno de los jefes de la fuerza aérea, quien fuera condenado por ocho hechos de tormentos que a la época de los actos estaba tipificado en el artículo 144 ter inc. 1 del CP y que imponía una pena de reclusión o prisiónn de 3 a 10 años. Ese tipo penal castigaba al “funcionario público que impusiere a los presos que guarde, cualquier especie de tormento”. Asimismo, fue condenado por tres hechos de robo del art. 164 del CP y que establece una pena de un mes a seis años de prisión.

³⁴ El art. 40 del código penal argentino: “*En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente*”. El art. 41 del código penal argentino: “*A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso*”.

³⁵ SANCINETTI, M., Análisis, 1988, p. 46.

Recordemos que el artículo 55 del CP argentino que regula el concurso real prevé que: “*Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la **suma aritmética** de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos*”.

Con ese juego de normas no hay una sola posibilidad de transformar en razonable que en el caso de Agosti se haya impuesto la pena de 4 años y seis meses de prisión.

Lo mismo sucede en el caso de Lambruschini, de la misma fuerza aérea: se lo encontró culpable de privación ilegal de la libertad, calificada con violencias y amenazas, en 35 hechos, (144 bis inc. 1 y último párrafo, con penas de 1 a 5 años y 2 a 6 años). Sin embargo, a Lambruschini se lo condenó a una pena de ocho años de prisión.

Como se ve en un modelo de administración de justicia penal que no recoge el principio de oportunidad, es imposible llegar racionalmente a esas penas.

En este sentido, tenían razón quienes desde los organismos de derechos humanos pusieron el grito en el cielo ante este modo de mensurar ilícitos tan graves.

No hace falta aclarar que sí se tomaban en serio los criterios de determinación judicial de la pena que surgen del juego de los artículos 40 y 41 del Código penal, particularmente la naturaleza de la acción, los medios empleados y la extensión del daño y peligros causados, las penas en todas las ocasiones deberían acercarse a los máximos de las escalas para cada delito.

XI. ALGUNAS DEUDAS ADICIONALES DE LA SENTENCIA. UNA MIRADA AMPLIA SOBRE LA AFIRMACIÓN DEL AUTOR QUE DOMINA UN APARATO DE PODER

Luego de esta decisión, y de muchas otras que le siguieron, es posible pensar que hay todavía algunos problemas por resolver en el universo de cuestiones de las cuales se debe ocupar una teoría de la autoría de estas características. Por un lado, lo desafiante de propuestas de este nivel de creatividad es que plantean a las ciencias penales temas de agenda por varias décadas, como ha sucedido en este caso. Pero por otro, también este tipo de decisiones judiciales de trascendencia iluminan con mucha más fuerza esas necesidades de desarrollo.

Por ello, seguramente es útil referir a algunos de los problemas de los cuales debe hacerse cargo una teoría de la imputación de autoría a través del dominio de la voluntad de un aparato de poder y cómo ese análisis debió haber influido en la totalidad del enjuiciamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura argentina.

Mas allá del aporte dogmático y, por qué no decirlo, también político criminal, que represento el concepto de autoría por dominio subjetivo del aparato de poder, o, mejor aún, de autoría por dominio en la organización, es posible decir que todavía hay extremos que merecen un desarrollo más detenido a pesar de su rápida influencia ejercida en varios países.

En este desarrollo no se ha pretendido, como es evidente, el análisis central de las objeciones externas de cierto sector de la doctrina a la tendencia en sí misma, sino colaborar en la visualización interna, de las consecuencias que debe seguir a la opción por ese punto de partida en una decisión judicial tan trascendente como la analizada³⁶.

De un modo u otro es posible adelantar la opinión acerca de que los intentos de expandir la aplicación de la figura de la coautoría o de la instigación, para este tipo de casos, deben superar algún obstáculo o, por lo menos, dudas.

A la primera de las tendencias le es difícil soslayar que para quien se encuentra en los niveles de máxima trascendencia institucional en la conducción de la organización es francamente imposible establecer vehículos bidireccionales sobre los cuales se estructuren los requisitos de un plan común a ambos niveles y cierta división de tareas. Se trataría en el mejor de los casos de dos dominios parciales que solo el desarrollo operativo de la organización puede eventualmente acumular para la manifestación del curso lesivo.

Pero incluso para quien el concepto de coautoría puede independizarse casi del todo de la idea de “bidireccionalidad”, en particular en estas estructuras el modelo de la coautoría mantiene algunas dificultades. Los contornos fácticos que definen la imputación del autor de escritorio y del autor operativo (para denominarlos gráficamente) son absolutamente diversos. Faltaría para el autor operativo la conexión objetiva y

³⁶ Por ejemplo, no advierten las ventajas de esta “complicada” construcción los siguientes autores: ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Derecho penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 746.

subjetiva con el plan global al que se pretende que su aporte sume algo. Para más claridad el hecho del autor de escritorio y el hecho del autor operativo son independientes y por ello se carece de la mínima simetría que sí puede verificarse en diversas jerarquías, pero de modo horizontal.

Asimismo, hay que expresar algunas dudas sobre que la idea de una coautoría que pueda ser sucesiva y, por tanto, de ejecución no contemporánea hubiera sido de utilidad en este caso. El que actúa después es un autor que utiliza de modo autónomo las condiciones de riesgo que dejaron “sus antepasados”. En este caso, para él, la coautoría es superflua. Por otro lado, el que actúa en el primer momento no tiene en principio sin más ni más porqué responder por las acciones posteriores azarosas, no planificadas y no consensuadas. La coautoría es aquí, para él, injusta.

La segunda de las alternativas posee la dificultad de que es difícil imaginar cadenas enormemente largas de creaciones sucesivas de dolo, en el marco de las cuales, solo la última deja de ser referencial e indirecta. En definitiva, solo será genuinamente inductor quien, de todos modos, lo sería aún con vigencia de la autoría mediata por conducción de la organización³⁷.

La idea del dominio subjetivo de un aparato de poder todavía es una derivación razonada y razonable de la teoría del dominio del hecho. Asimismo, esta última, a pesar de que no atraviesa su mejor momento de popularidad, posee demasiados vínculos con los criterios de imputación a la tipicidad y con buena parte del elenco de garantías fundamentales del derecho penal material y procesal como para pasar a retiro. Particularmente si se comparte que imputación al autor e imputación al tipo son dos caras de la misma moneda.

Como sabemos JAKOBS ha expresado una opinión crítica de la utilización de la figura de la autoría por dominio de la organización para estos casos³⁸. JAKOBS afirma que: *“Bien es verdad que no cabe dudar, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de*

³⁷ En favor de la tesis de la inducción o instigación, DONNA, E., El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, en Nuevas formulaciones de las ciencias penales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1991.

³⁸ JAKOBS, G. Derecho penal. Parte General, trad. Cuello Contreras, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 784.

la situación de superioridad de quienes ordenaron (p. ej.) las muertes de judíos, por ejemplo, en la Oficina Superior de Seguridad del Reich (Reichssicherheitshauptamt)”.

Luego JAKOBS sostiene que: *“Apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque en los hechos de la época del régimen nacionalsocialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”*.

La crítica de JAKOBS debe ser analizada. En primer lugar, puede no ser auto-explicable el concepto de “superioridad objetiva”: ¿quién detentaría esa supuesta superioridad objetiva? ¿sobre qué proceso se verifica esa superioridad? Las preguntas no reflejan un caprichoso recurso dialéctico, sino una posible indefinición: cuando se habla de superioridad, el vocablo cobra significación autónoma y destinatarios diversos en ambos extremos del camino vertical-administrativo. Cada superioridad (sobre la conducción de la organización en el autor que está en los lugares más altos de la jerarquía burocrática y sobre el curso lesivo individualmente considerado en el autor de las instancias operativas) posee referencias autónomas y no puede ser reducida a una visión única que pretenda explicar todo el proceso lesivo.

En segundo lugar (y a pesar de que la tesis tiene varios adeptos), no es indiscutible que todo aporte ubicado cronológicamente luego del principio de ejecución deba ser considerado como necesario. Que se anule la posibilidad de imputar participación no necesaria durante el proceso ejecutivo es un costo que no está claro que debamos pagar.

En tercer lugar, puede generar algún interrogante en la concepción de JAKOBS, la frontera de los llamados *supuestos normales* en el marco de la coautoría. Aún así no parece claro que la coautoría no presente problemas. La complementariedad como

vehículo de imputación que se verifica entre sujetos que individualmente considerados no han realizado todo lo que exige la norma para ser destinatarios del deber y que se instala como la razón de ser de la figura del coautor (una expansión de aquello que se presenta como el ámbito de regulación de la norma jurídico penal), debe generar siempre muchos más problemas que atribuir la totalidad de la infracción a la totalidad del protagonismo por la conducción del caso que ofrece cualquier la figura de autoría individual (directa o mediata).

Por otra parte, en un modelo de accesoriadad interna de la participación, la inducción presenta la debilidad político-criminal de que inductores de semejante protagonismo institucional podrían beneficiarse de cualquier eximente que impugne la punibilidad del autor operativo. A modo de ejemplo, piénsese qué pasaría en el modelo de la inducción si la misma orden es considerada con la fuerza suficiente como para generar la eximente de la obediencia debida; y que ella sea ubicable en un lugar sistemático según la teoría de la accesoriadad interna, cualquiera que se defienda (mínima, limitada, máxima, hiper-accesoriadad).

Con respecto al carácter nocivo, no hay que olvidar que lo que finalmente transforma esas vinculaciones organizativas en un hacer común es, precisamente, el propio dominio desviado hacia lo ilícito de la organización.³⁹

En principio, tendemos a pensar que el desarrollo propuesto primeramente por ROXIN tiene muchos méritos argumentales y explicativos para ser evaluado positivamente. Aun cuando las estructuras de imputación que han surgido por necesidades conceptuales o probatorias influidas político criminalmente siempre deben pagar el costo propio de su pecado original referido a las dificultades que surgen, más temprano que tarde, en el traslado de las exigencias del “caso originario” a otros escenarios como condiciones *sine qua non* para la vigencia propias de esa exportación. Siempre cabrá la

³⁹ Posiblemente en favor de la coautoría, SANCINETTI/FERRANTE, *El Derecho Penal*, 1999, p. 314. A favor de la tesis de la coautoría, véase GARCÍA VITOR, E. La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder en *Revista de Derecho Penal*, 2005-1, pp. 171 y ss. Allí se afirma: “*Tomo en cuenta que por lo común los ejecutores directos han compartido ampliamente los objetivos y que por tanto la verticalidad, que objetivamente se comprueba en este tipo de organizaciones, no puede constituir ningún obstáculo para apreciar coautoría, pues es ella puede ser relevante cuando es necesario apreciar la influencia sobre los ejecutores directos, pero no para adjudicarles a la dirección de la organización la calidad de autor mediato por dominio de la misma como instrumento. La solución evita que, en este mundo de hombres libres, se degrade la importancia del ejecutor directo, llegándose inclusive, como buena parte de la doctrina lo ha advertido tal como se ha dado en el caso de Argentina, a su impunidad*”.

pregunta acerca de cuáles son datos pétreos de esa exigencia o vértices sustituibles en el camino de expansión.

En este sentido, podemos decir que la teoría del dominio por organización prescinde de aquellos límites causales que, de un modo prejuiciosamente fáctico, hacían depender a la posibilidad normativa de imputar autoría de la cercanía del sujeto con el desenlace lesivo.

Hoy hemos comprendido que ello no es rigurosamente necesario ni certero. En ciertos contextos organizacionales, incluso, podemos afirmar que cuanto más lejos se encuentre el autor mediato del hecho lesivo, más posibilidades institucionales posee de ejercer un dominio del suceso observado a la luz del total escenario de comprensión del hecho típico.

Normalmente incluso cuando el sujeto más lejos del hecho aparece es porque más arriba se encuentra en la cadena de mandos y con ello acrecienta sus chances de que quienes más abajo se hayan presentado institucionalmente como autores inmediatos mayor grado de fungibilidad tengan frente a quien controla los niveles más altos de la jerarquía administrativa.

En segundo lugar, es razonable ver con buenos ojos las posibilidades de multiplicar, por lo menos, por dos, las formas de intervenir como autor y/o partícipe en un hecho ejecutado en el marco del dominio de una organización institucionalmente desviada.

Pero es preciso tener en cuenta que los respectivos ejes de responsabilidad institucional de autoría mediata por dominio de la organización y por ejecución de la orden recibida en los niveles operativos, generan, de modo autónomo, círculos concéntricos de posibilidad de imputación de las respectivas y no sustituibles formas de coautoría y participación en sentido estricto.

Son imaginables imputaciones de instigación detrás del autor mediato, como detrás del autor inmediato; así como también podemos pensar en diversos modelos de coautoría, en ambos niveles, en el marco de los cuales tanto el plan común como la correspondiente división de tareas y el resultado imaginable del co-dominio del hecho, reciben insumos fácticos diversos de acuerdo con los escenarios de ejecución operativa o de conducción institucional que los nutran respectivamente.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

Adicionalmente ofrece ventajas sistemáticas el hecho de que al presentar este modelo de imputación una independencia visible del devenir de los cursos lesivos en los niveles en mayor grado operativos, el umbral de la tentativa aparece para el autor por dominio de la organización sin perjuicio del éxito final que posea la indicación institucional transmitida desde allí.

Qué chances tenga ese principio de ejecución en manifestarse en una lesión del bien jurídico protegido representa un capítulo siempre permanente en la doctrina de la tentativa, y nada dice en contra de que el desarrollar acciones de dominio de la organización ya exprese un comportamiento que pueda ser abarcado por la mayor parte de los tipos penales del núcleo tradicional del derecho penal legislado.

Por otro lado, sería arriesgado afirmar con tonalidad crítica de esta doctrina, que el aseguramiento del resultado luego del primer acto desistido por el primer ejecutor, realizando un gambito de ejecutores, demostraría que ahora se trata de otro hecho materialmente considerado.

Es llamativo cómo una visión simplemente causal hubiera dado la respuesta correcta: aquella que separa un hecho independiente, de un mero desvío no esencial del curso lesivo, que sin ser dominado por el autor no objetaba la imputación y mucho menos lo hará ahora que sabemos que el gambito ha sido producto de una decisión.

Por último, desde este tipo de fundamentaciones, sin embargo, es necesario identificar las fronteras de aquello que es imputable a la luz de estas estructuras: desde las más altas jerarquías de la organización y trasladando la lupa hacia los segmentos intermedios, se van anulando las posibilidades de autoría mediata por dominio de la organización que obviamente no siempre se verifica, por lo menos usualmente, en las instancias burocráticas intermedias y, ahora yendo desde las instancias operativas hacia arriba en la estructura, se van debilitando gradualmente las chances de coautoría con los niveles operativos.

Este tipo de sistemas de atribución de autoría no puede ni debe deambular por todos los niveles de la organización, para semejante trajín ya están las estructuras tradicionales.

* * * * *