

# LA AUTORIA EN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS POR EL TERRORISMO DE ESTADO EN ARGENTINA: DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN O DELITO DE ASOCIACIÓN\*

Carlos Julio LASCANO

## 1. *Introducción*

Nuestra exposición versará sobre la ardua problemática de la autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado en Argentina, en especial a partir del 24 de marzo de 1976 en que se produjo la usurpación del poder y la instauración de la última dictadura militar.

El juzgamiento de tales crímenes puso en evidencia la dificultad de diferenciar entre autores y partícipes en sentido restringido (cómplices e instigadores), porque aquellos hechos fueron ejecutados materialmente por personas ubicadas en los peldaños inferiores de una organización estatal en cuyo seno otros miembros del grupo –ubicados en la cúspide- habían diseñado un plan sistemático o generalizado de comportamientos delictivos en contra de la población civil, con el declamado propósito de *aniquilar el accionar subversivo*.

En tales supuestos no se plantea la necesidad de castigar a todos los miembros de la agrupación por su sola pertenencia a la misma, cuando ya de por sí constituye una asociación criminal, sino resolver el interrogante de cómo responsabilizar penalmente a los integrantes de esa maquinaria estatal de poder que no han intervenido directamente en la ejecución material de los concretos delitos, pero los han planificado y han ejercido la dirección o el control de su puesta en práctica a través de sus subordinados.

No serán objeto de nuestro análisis otras formas de criminalidad organizada, como las vinculadas a mafias o a empresas privadas estructuradas para cometer delitos.

## 2. *Delitos de lesa humanidad*

La definición del delito de lesa humanidad comenzó a esbozarse luego de la Segunda Guerra Mundial, en el art. 6, inc. c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (Londres, 8 de agosto de 1945). El 6 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y

---

\* Exposición efectuada el día 20 de agosto de 2013 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue incorporada a nuestro ordenamiento normativo por la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995 y, posteriormente, le fue otorgado rango constitucional por ley 25.778, con fecha 3 de septiembre de 2003.

A través de la ley 25.390 del 30 de noviembre de 2000, nuestro país aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en cuyo artículo 7° se establece. “[a] los efectos del presente Estatuto, se entenderá como *crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes...*”. Con ello deja claro que sólo pueden ser esa clase de crímenes aquellas conductas que se encuentren enumeradas en los incs. a) a k) del mencionado art. 7°, es decir, asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, etc.

Pero no cualquiera de esas conductas es, *per se*, un crimen contra la humanidad, pues debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Sin embargo, debe quedar claro que ese ataque –como explica PABLO F. PARENTI<sup>1</sup> “no es la acción típica del crimen contra la humanidad sino el contexto en el que éste se comete; el crimen se realiza a través de la comisión de algunos de los actos enumerados en los incisos mencionados”.

ANDRÉS D’ALESSIO enseña que, para considerar un delito como de lesa humanidad, se deben dar los siguientes requisitos: 1) carácter generalizado o sistemático; 2) conocimiento del autor de las circunstancias de su acto; 3) que esté dirigido a la población civil o que haya una víctima colectiva y, por último, 4) que esté integrado a una política de Estado<sup>2</sup>.

En el precedente “Derecho, René Jesús”<sup>3</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el carácter “generalizado” del ataque contra la población civil importa un acontecimiento a gran escala, dirigido contra una multiplicidad de víctimas; este requisito excluye el hecho aislado cometido por un autor aislado, por iniciativa propia y contra una víctima aislada.

La exigencia de “sistematicidad” alude a la existencia de un plan premeditado para destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; igualmente, se refiere a la acción repetida y continua de actos inhumanos conexos; y, también, a la preparación y uso de recursos públicos o privados significativos, sean o no militares<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma*, en „Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional“, Pablo F. Parenti, Leonardo G. Filippini y Hernán L. Folgueiro, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 37.

<sup>2</sup> D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Los delitos de lesa humanidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 20-26.

<sup>3</sup> CSJN, 11/7/2007, Fallos 330:3074.

<sup>4</sup> D’ALESSIO, A.J., ob. cit., p. 20.

Tales actos atroces se deben dar en el contexto histórico y político de un Estado constituido en “delincuente sistemático” que, abusando de la estructura de poder, establece verdaderas “políticas de terror”, instrumentando un plan de persecución, represión y asesinato de civiles.

Debo recordar que, en la causa “Arancibia Clavel”<sup>5</sup>, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que formar parte de una agrupación destinada a perseguir opositores políticos, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos, con la aquiescencia de funcionarios estatales, constituye un delito de lesa humanidad y un atentado al derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

### 3. *El terrorismo de Estado en Argentina*

El terrorismo de Estado comenzó en nuestro país con anterioridad al golpe militar contra el gobierno constitucional de María Isabel Martínez de Perón, pues -con fundamento en la necesidad de enfrentar la actividad de elementos “subversivos” que con su accionar alteraban la paz y la tranquilidad del país- el 6 de octubre de 1975 se dictó el Decreto n° 2770 y se constituyó el Consejo de Seguridad interna, conducido por el Presidente de la Nación e integrado por todos los Ministros del Poder Ejecutivo Nacional y los comandantes generales de las Fuerzas Armadas, a quienes competía la dirección de los esfuerzos nacionales para la lucha contra la subversión, quedando la Policía Federal y el Servicio Penitenciario Nacional subordinados al Consejo de Defensa.

En la misma fecha se dictaron los Decretos n° 2771 y 2772, que complementan los instrumentos para “*ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país*”.

Con el advenimiento del gobierno militar se centralizó y perfeccionó la denominada “guerra antsubversiva”, con lo cual aumentaron significativamente y de modo generalizado las desapariciones de personas y asesinatos que anteriormente venía ejecutando el terrorismo estatal representado por la Triple A.

Ello fue el resultado de las directivas secretas impartidas por los ex comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas para que el personal subordinado detuviera ilegalmente a quienes creyesen sospechosos de estar relacionados con organizaciones terroristas o considerasen enemigos del régimen por distintas razones (políticas, religiosas, gremiales, profesionales, estudiantiles, etc.),

---

<sup>5</sup> Fallos 327: 3312.

los cuales luego eran trasladados a centros de detención clandestinos, ocultando a los familiares de las víctimas cualquier información sobre éstas, y cuando se interponían los *habeas corpus* negaban a los jueces haber realizado esas detenciones. A todo ello se suma la aplicación de torturas a las personas detenidas para obtener la información que creyesen necesaria. Finalmente, podían disponer la libertad, la legalización de la detención, o, en el peor de los casos, la muerte de la víctima.

Desde la conducción de la estructura estatal se impartían las órdenes hacia los estratos intermedios y de éstos hacia los encargados de cumplirlas. De este modo y de acuerdo a este plan de exterminio masivo se fueron realizando en el país, en el marco de la más absoluta ilegalidad, una serie de acciones delictivas consistentes en privaciones ilegítimas de libertad, tormentos, homicidios, apropiaciones de menores, etc.

Estos grupos actuaban en la más absoluta clandestinidad y estaban conformados por integrantes de las fuerzas armadas, policiales o de seguridad, adoptándose en cada circunstancia todos los recaudos posibles para evitar ser identificados y asegurar así su impunidad.

#### **4. Principales soluciones propuestas**

Para dar respuesta al fenómeno de la macrocriminalidad organizada estatal que torna complicado el juzgamiento y castigo de los responsables de los crímenes de lesa humanidad, la ciencia jurídico-penal ha buscado criterios razonables para la imputación de quienes trazan los planes delictivos y se encuentran en los máximos niveles jerárquicos de decisión y control dentro de las estructuras de poder del Estado, más allá de la actuación de quienes ejecutan de propia mano tales hechos aberrantes y contrarios a la dignidad humana.

Algunos doctrinarios sostuvieron que debían responder como **instigadores**, pero esta solución no respondía satisfactoriamente a la constatación que –en la gran mayoría de esos delitos contra la humanidad- los ejecutores materiales no eran penalmente inimputables ni obraban sin dolo (por error de tipo) ni coaccionados, razón por la cual también eran penalmente responsables.

Otros catalogaron de **coautores** tanto a los directivos del aparato estatal que elaboraban el plan delictivo e impartían las órdenes para su realización como a los que sólo se limitaban a ejecutarlo materialmente, sin explicar cómo era posible la ejecución conjunta del hecho por parte de los primeros, que no participaban en la ejecución y sólo actuaban en la fase preparatoria del mismo.

En 1963 surgió otra opinión: partiendo de la teoría del dominio del hecho que había sido formulada por WEZZEL y se había convertido en la posición dominante para explicar la autoría, CLAUS ROXIN distinguió tres formas de dominio del hecho: *dominio de la [propia] acción*, *dominio de la voluntad [de otro]* y *dominio funcional del hecho [ejecutado con otro]*. De esta manera se explicaban la autoría individual o de propia mano, la autoría mediata y la coautoría, respectivamente<sup>6</sup>. El aporte novedoso de ROXIN consistió en agregar a los tradicionales casos de autoría mediata otro supuesto, el del sujeto de atrás que se vale de un aparato organizado de poder para ejecutar el plan delictivo, surgiendo su responsabilidad en virtud de su "dominio de la organización".

Abordaremos en primer lugar la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización, que tiene importantes seguidores tanto en el Derecho comparado cuanto en nuestro país, y que ha sido seguida primero por los tribunales argentinos a partir de 1985, luego en los procesos a los "tiradores del muro" de Berlín durante la ex República Democrática alemana y en la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori.

En la actualidad, en sus primeras decisiones sobre la materia, la Corte Penal Internacional – bajo la denominación "*indirect co-perpetration*" – ha recepcionado aquella teoría de Roxin, lo cual no resulta sorprendente pues ella sirve para una adecuada aprehensión jurídico penal de los crímenes sistemáticos cometidos a gran escala que constituyen el objeto del Derecho Penal Internacional.

Como fundamento, el tribunal creado por el Estatuto de Roma ha aludido al hecho de que en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder la persona de atrás domina la voluntad de la persona que lo ejecuta directamente, lo cual resulta consistente con la exigencia de un control sobre la comisión del hecho que es un presupuesto de la autoría<sup>7</sup>.

En la decisión del 30 de septiembre de 2008, en el caso "Katanga y Ngudjolo Chui", la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI ha afirmado que, junto a las tres formas de autoría mencionadas expresamente en el art. 25.3 a) de Estatuto de la CPI, también sería imaginable una cuarta forma, que denomina "*indirect co-perpetration*", cuya característica distintiva sería la combinación de elementos de la autoría mediata y de la co-autoría<sup>8</sup>. Dicha Sala confirmó tal

---

<sup>6</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Dominio del hecho, autoría mediata y Derecho Penal Internacional*, en "Reflexiones sobre la cuestión criminal, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano (h)", Lerner Editora, Córdoba, 2011, p. 53.

<sup>7</sup> CPI, decisión del 30/8/2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 501.

<sup>8</sup> "El elemento de co-autoría consistiría en que dos o más personas acuerden conjuntamente la comisión de un crimen de derecho internacional. Pero el suceso también presentaría, al mismo tiempo, rasgos propios de la autoría mediata, en la medida que a lo menos uno de los co-autores dispone que la ejecución de su contribución al logro del plan se

criterio en la decisión a través de la cual emitió una orden de arresto en contra del presidente en ejercicio de Sudán, Omar Al Bashir.

GERHARD WERLE y BORIS BURGHARDT<sup>9</sup>, afirman que los casos que ahora son catalogados como de autoría mediata, “en el pasado fueron tratados más bien como planificación, orden, inducción o –después de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia– como intervención en una empresa criminal (*participation in a joint criminal enterprise*)”.

Por ello, también analizaremos si la propuesta de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ de una “autoría por asociación” puede constituir una alternativa a la tesis de Roxin para encuadrar la cuestión de la autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del terrorismo de Estado.

### A. Dominio de la organización

Este supuesto de autoría mediata se encuentra vinculado al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en la segunda guerra mundial, más precisamente al proceso realizado en Jerusalén contra Adolf Eichmann –alto funcionario nazi encargado de localizar a los judíos y conducirlos a los campos de concentración donde eran ejecutados dentro de las cámaras de gas– que despertó en 1963 el interés de CLAUS ROXIN, quien desarrolló una teoría según la cual es posible concebir otra manifestación de autoría mediata: el **dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder**.

ROXIN comprende en esa categoría a toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder estructurado jerárquicamente, con una relación vertical entre sus miembros. Los órganos de mando se encuentran en la cúspide, desde donde se toman las decisiones y se imparten las órdenes. Los encargados de cumplirlas, o sea los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni en la planificación del mismo, incluso en muchas ocasiones, ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte que les toca ejecutar. En estos supuestos, el sujeto de atrás, sin intervenir directamente en la ejecución de los ilícitos, domina su realización sirviéndose de una “maquinaria” personal –generalmente organizada por el Estado desde los más altos rangos donde se emiten las directivas

---

produzca a través de uno o más instrumentos. Estas contribuciones al hecho realizadas de forma mediata serían imputables a los demás co-autores en razón de su plan común, en la medida que los demás prespuestos de la co-autoría también estén presentes” (CPI, decisión del 30/8/2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 492 y ss.).

<sup>9</sup> *Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?*, Revista Penal, n° 28, Buenos Aires, Junio de 2011, p. 200.

criminales, hasta los meros ejecutores materiales de éstas, pasando por las personas intermedias que organizan y controlan el cumplimiento de tales órdenes<sup>10</sup>.

Los delitos cometidos con esta modalidad se apartan de los casos tradicionales de autoría mediata, en los que el dominio de la voluntad del sujeto de atrás encuentra sustento en situaciones de error de tipo o de coacción en el ejecutor material, quien actúa sin dolo o sin culpabilidad, respectivamente, y por ello no debe responder penalmente.

En la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el dominio de la voluntad tiene fundamento en la fungibilidad del ejecutor. Es que este tipo de organizaciones funciona automáticamente sin que importe la identidad del ejecutor. El sujeto de atrás, que ocupa los mandos de la estructura organizativa, puede confiar en que la orden será cumplida sin necesidad de tener que conocer al ejecutor. Tampoco resulta necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos no cumple la orden, automáticamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global. Por supuesto que el ejecutor último de la orden, es decir, quien en definitiva comete el crimen de propia mano, responde plenamente como autor inmediato o directo, pero ello en modo alguno afecta el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás, pues desde la cúspide el ejecutor no se presenta como una persona libre y responsable (aunque efectivamente lo sea), sino como una figura anónima y sustituible<sup>11</sup>.

Pero además de un aparato de poder organizado y del carácter fungible del ejecutor, ROXIN limita el dominio de la organización sólo a los aparatos que actúan al margen del ordenamiento jurídico, pues en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.

Es posible distinguir dos manifestaciones típicas de estructuras de poder organizado: aquéllos que se presentan en el seno mismo del poder estatal, como el régimen nacionalsocialista; y aquéllos grupos creados con fines criminales, como movimientos clandestinos, organizaciones secretas y otras asociaciones delictivas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 269/279.

<sup>11</sup> ROXIN, ob.cit. pp. 272/273.

<sup>12</sup> ROXIN, ob. cit., pp. 276/277

Esta teoría ha tenido recepción en la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1985, por la cual la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires condenó como autores mediatos a los integrantes de las tres primeras Juntas Militares que gobernaron nuestro país entre los años 1976 y 1982, adoptando el criterio del dominio de la voluntad a través de aparatos de poder organizados, siendo éste el primer antecedente registrado en el mundo sobre la aplicación judicial de aquella teoría, como lo reconoce el propio ROXIN<sup>13</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por el voto de la mayoría (Fayt, Petracchi y Bacqué) confirmó la condena dictada por la Cámara porteña, calificando la conducta de los ex comandantes como autoría mediata, en base a la teoría de los aparatos organizados de poder.

Desde que fueron reactivadas las causas sobre violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, a partir del precedente “Simón” de la CSJN<sup>14</sup>, la gran mayoría de las instancias federales de instrucción, de apelación y de juzgamiento viene adoptando el criterio de la autoría mediata por dominio de la organización.

## **B. Delitos de asociación**

En el año 2010 en un encuentro científico en Bogotá sobre el tema del *autor detrás del autor*, GABRIEL PÉREZ BARBERÁ<sup>15</sup> propuso, para los delitos de lesa humanidad cometidos mediante aparatos estatales –y organizados– de poder, un tipo específico de autoría que denominó “autoría por asociación”.

Como punto de partida, PÉREZ BARBERÁ<sup>16</sup> destaca la importancia de los delitos de infracción de deber, descubiertos por ROXIN en su clásica monografía sobre autoría y dominio del hecho; ello se explica, a su juicio, “no sólo en las razones dadas por JAKOBS, que en su último desarrollo, apuntan a mostrar que todo lo relacionado con la autoría y la participación tiene mucho más que ver con la infracción de un deber que con el dominio del hecho, salvo campos muy residuales que quedarían reservados para esta última categoría. Ello es así, también, por el hecho de que, si se mira bien de cerca, *en la constelación que Roxin consideró bajo la rúbrica de “autoría mediata por dominio de la organización” sucede exactamente lo mismo que en la constelación de los*

---

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 724.

<sup>14</sup> Fallos 328:251

<sup>15</sup> *Delitos de asociación y dogmática general de la autoría. Un aporte para la consideración de la autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos por aparatos de poder organizados*, trabajo inédito, cuya lectura me ha facilitado generosamente su autor.

<sup>16</sup> Ob. y lug. cits.

*delitos de infracción de deber*, al menos en lo que se refiere a las consecuencias dogmáticas respecto a cómo debe considerarse a cada participante en esa organización”.

A continuación PÉREZ BARBERÁ<sup>17</sup> expresa que para ROXIN lo que caracteriza a los delitos de infracción de deber es que -cualquiera que esté obligado por el deber específico extrapenal- será considerado autor, sin que importe de qué manera, empíricamente, contribuyó a la comisión del hecho.

PÉREZ BARBERÁ sostiene que lo mismo ocurre en los delitos de asociación, como por ejemplo en la asociación ilícita, respecto del hecho de formar parte de aquélla, en sí mismo punible. Pero eso mismo ocurre también con relación a los delitos particulares (homicidios, torturas, robos, etc.) que se realizan en el marco de esa asociación criminal en la que todos los integrantes –desde sus jefes hasta sus más rasos ejecutores– responden *como autores* no sólo del hecho de pertenecer a la asociación, sino también de los distintos hechos punibles que cometen bajo su amparo, siempre, por cierto, que se dé una doble exigencia objetivo-subjetiva: que el sujeto forme parte de la organización y que sea consciente de ello, es decir, que conozca los objetivos de la asociación.<sup>18</sup>

Explica que ello es así, precisamente, porque en los delitos de asociación -entre los cuales cabe considerar a los cometidos mediante aparatos estatales y organizados de poder- al igual que en los delitos de infracción de deber, todo contribuyente ha de ser considerado, necesariamente, autor. Y ello aproxima a los delitos de asociación –y por tanto a los de dominio de la organización– mucho más a la dogmática de los delitos de infracción de deber que a la de los delitos de dominio.

Pese a su anterior afirmación, el destacado profesor de la Universidad de Córdoba rechaza la identificación entre los delitos de asociación y los delitos de infracción de deber, pues en éstos “lo que fundamenta la autoría es el hecho de portar el rol de obligado a ese deber. Pero se trata, siempre, de un deber *jurídico*, impuesto por el orden estatal y, por lo tanto, formalmente legítimo, lícito; y el rol resultante es, en consecuencia, también lícito. Y en los delitos de asociación la autoría también se funda en el hecho de portar un rol: el rol de ser parte de una asociación delictiva. Pero precisamente por el carácter de la asociación es que el rol resultante no es lícito. No es posible, en consecuencia, sostener que ese rol se funda en la violación de un deber *jurídico* y *específico* para un determinado ámbito social, como sucede siempre con los delitos de

---

<sup>17</sup> Ob. y lug. cits.

<sup>18</sup> Ob. y lug. cits.

infracción de deber. Se trata, en todo caso, de un rol que surge más bien de la violación del deber general de no dañar a terceros. Dicho esto en terminología de JAKOBS: se trata del deber general que caracteriza al ámbito de atribución de responsabilidad por *organización* (según ROXIN: delitos de dominio) y no de alguno de los deberes específicos que caracterizan al ámbito de atribución de responsabilidad por *institución* (según ROXIN: delitos de infracción de deber). Sin embargo, dado que en los delitos de asociación todo integrante de ella responde como autor, tiene lugar la interesante ¿paradoja? de que en ellos se da la consecuencia propia de la responsabilidad por institución (o por delitos de infracción de deber), y no la consecuencia propia de la responsabilidad por organización (o por delitos de dominio)”<sup>19</sup>.

Explica PÉREZ BARBERÁ<sup>20</sup> que toda la doctrina, incluso la más tradicional, admite que en los delitos de asociación rige un “concepto unitario de autor, en el sentido que toda contribución a la ejecución del hecho es autoría (para comprobarlo, basta repasar no sólo los resultados a los que arriba ROXIN con su concepción sobre el dominio de la organización, sino también la dogmática de un delito cuya estructura lo transforma en pariente cercano del llamado dominio de la organización, como lo es la del delito de asociación ilícita: art. 210 del CP en Argentina; § 129 I StGB). Y si hasta ahora nadie ha dudado acerca de esta forma de atribuir responsabilidad en esta clase de delitos, es seguramente porque éstos contienen una particularidad especial. Y ella reside, a mi modo de ver, en que en los delitos de asociación, *pese a ser delitos de dominio, la responsabilidad se atribuye como en los delitos de infracción de deber*”.

PÉREZ BARBERÁ<sup>21</sup> asevera que en los delitos de infracción de deber, se responde sólo a título de autoría no porque en ellos tenga lugar la infracción de un deber (...), sino porque la existencia de ese deber genera una característica especial de la autoría, esto es, transforma a esa configuración en un delito especial. Y en los delitos de asociación sucede lo mismo: se responde sólo por autoría porque la configuración fáctica previa genera un delito especial, que es, también, lo que sucede con la injerencia: se conforma un delito especial (propio) por una configuración previa del mundo por parte del sujeto, aunque no medie un deber jurídico extrapenal. Es claro, pues, que los delitos de infracción de deber son, junto con los delitos de asociación, los de omisión, los imprudentes y los de propia mano, *especies o clases de delitos especiales propios*. En este sentido, no es correcto haber considerado la cuestión a la inversa, esto es, haber sostenido que los delitos especiales propios –y los de omisión, y los de propia mano y los imprudentes– son una

---

<sup>19</sup> Ob. y lug. cits.

<sup>20</sup> Ob. y lug. cits.

<sup>21</sup> Ob. y lug. cits.

especie de los delitos de infracción de deber, tal como lo plantea ROXIN. Lo que realmente tienen en común todos ellos, incluidos los delitos de asociación, es que generan responsabilidad sólo por autoría, y no que nacen de un deber específico extrapenal (esto último, como se vio, no es cierto ni en los delitos de asociación, ni en los de omisión impropia por injerencia ni en los de propia mano: ninguno de ellos nace de un deber tal). Ser miembro de una asociación –lícita o ilícita– es, en definitiva, tanto una característica especial de la autoría como ser funcionario público, o ser administrador de un patrimonio ajeno, o ser el obligado tributariamente con el fisco, o ser el que provoca una fuente de peligro, etc. La distinción más general, entonces, a los efectos de la dogmática de la autoría, no debe ser realizada entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sino entre delitos especiales –propios o impropios– y delitos comunes o generales.

La conclusión de PÉREZ BARBERÁ<sup>22</sup> es que “por pertenecer a una organización, se es responsable tanto del hecho colectivo de ser miembro de esa organización (...) como, en su caso, del hecho o de los hechos individuales que se cometan en el marco de esa organización con el propósito de llevar a cabo su cometido. Para decirlo con un ejemplo: todos los integrantes de la organización (jefes y subordinados) responden siempre *como autores* por el delito de asociación que corresponda *más* por los homicidios, torturas, desapariciones forzadas, etc. que se cometan en ese marco. Ello no ofrece ninguna dificultad en lo que atañe a los ejecutores directos. En cuanto a los jefes (ónticamente “autores mediatos”), para atribuirles también a ellos, y como autores, los homicidios, torturas, etc., debe acreditarse que, con su conducta activa u omisiva, han generado un riesgo no permitido a ellos atribuibles (imputación objetiva) y han obrado por lo menos con dolo eventual”.

Finaliza expresando el flamante catedrático de Córdoba<sup>23</sup>: “también respecto de los delitos cometidos por la organización todo integrante de la asociación responde como autor. Y la razón político-criminal que torna plausible esta solución ha sido dada por el mismo ROXIN: lo que él construye como requisitos de la autoría mediata en casos de dominio de la organización (a saber: poder de mando, ilicitud, fungibilidad y elevada disposición a delinquir por parte de los ejecutores directos) son –*mutatis mutandis* y junto con el nexo de imputación objetiva y el dolo– las razones que explican por qué un delito común o general cometido en el marco de una organización de estas características debe ser imputado siempre a título de autoría, que es la máxima responsabilidad atribuible: el marco en sí es tan eficiente como factor criminógeno que no admite distinciones cuantitativas ulteriores. Por eso esto no sucede, a mi juicio, con marcos en los que

---

<sup>22</sup> Ob. y lug. cits.

<sup>23</sup> Ob. y lug. cits.

aquellos delitos comunes o generales –en el sentido de no ser especiales propios: los homicidios, por ejemplo– no corresponde que sean considerados delitos de lesa humanidad, pues en tales casos el marco no será lo suficientemente grave. Estar dentro del marco (es decir: portar el rol de ser parte de la asociación) es, pues, factor suficiente de atribución de responsabilidad *para ese ámbito* (aquel en el que se cometen delitos de lesa humanidad), no para otros. La idea de dominio no debería jugar ningún papel en las organizaciones que cometen esa clase de criminalidad”.

A pesar de la claridad y los razonables argumentos de PÉREZ BARBERÁ, su tesis no termina de convencernos, pues su rendimiento para los delitos de lesa humanidad cometidos a través de maquinarias estatales de poder –como las del terrorismo de estado en Argentina- no es superior a la autoría por dominio de la organización postulada por ROXIN.

En primer lugar y dejando fuera de toda duda la sólida y demostrada convicción republicana y garantista de PÉREZ BARBERÁ, no debemos obviar las atinadas reflexiones de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR<sup>24</sup>, en cuanto algunas anticipaciones punitivas se convierten en tipicidades independientes, como la asociación ilícita (art. 210) que son “de constitucionalidad harto dudosa, pues revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sostenerse sino en violación al principio de lesividad y sin que quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad”. Agregamos por nuestra parte que un Derecho Penal liberal no debe abandonar sus principios en la lucha contra el terrorismo estatal, porque esto mismo podría significar su triunfo.

En esa misma línea se ubica PATRICIA S. ZIFFER<sup>25</sup>, quien alerta sobre las dificultades para la legitimación constitucional del delito de asociación ilícita, relacionadas con las objeciones vinculadas tanto al principio de reserva como a la libertad de reunión, que surgen frente al adelantamiento de la punición al ámbito de la preparación de delitos.

En el plano dogmático-jurídico, el poder de mando de los superiores jerárquicos -en el marco de la organización de terrorismo estatal- en relación a sus subordinados fungibles ejercía presión en el sentido del cumplimiento de las órdenes ilegales por parte de sus ejecutores materiales, como lo eran los integrantes de los grupos de tareas que secuestraban, torturaban y mataban a las víctimas seleccionadas por el plan sistemático trazado desde las cúpulas de las tres fuerzas armadas. Aquella presión, sin embargo, no implicaba por sí sola una coacción que pudiera excluir la responsabilidad penal de los subordinados, a título de autores directos por dominio de la acción.

---

<sup>24</sup> *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.811, n° 6.

<sup>25</sup> *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 56.

Aunque se han comprobado algunos casos de ejecutores materiales que actuaban con convicción, no es menos cierto que -por tratarse de soldados y agentes policiales o de personal militar y de seguridad ubicados en los niveles jerárquicos más bajos- su pertenencia y permanencia en la estructura estatal de poder no obedecía a su libre determinación y a su elección voluntaria. Ello es incompatible con la conducta requerida por el tipo objetivo de la asociación ilícita que exige *tomar parte* de la organización, como *miembro* de la misma, lo que ha sido interpretado por la doctrina como un acuerdo previo entre sus integrantes para constituir la o, si ya estuviere formada, la voluntad de sumarse a ella para prestarse mutuamente colaboración en la empresa delictiva.

En su aporte a la obra colectiva “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”<sup>26</sup>, en homenaje al profesor ROXIN, OSCAR TOMÁS VERA BARROS tuvo el acierto de llamar la atención hace más de diez años sobre la necesidad de analizar el delito de asociación ilícita por parte de grupos formados total o parcialmente por personas que ejercen la función pública, “existiendo referencia doctrinaria a **grupos organizados de poder**, o como los denomina ROXIN: maquinarias de poder organizadas”.

En dicho trabajo<sup>27</sup> VERA BARROS concluye que la mayor diferencia de las típicas asociaciones delictivas con las organizaciones vinculadas al poder reside en que en aquéllas se encuentra diluida la jefatura, o cuando más hay un jefe que tiene íntimo contacto con los demás miembros, con los cuales comparte las decisiones más trascendentes. En un aparato de poder en cambio, se encuentran suficientemente alejados los ejecutores de la cúpula del poder. Más aún, en medio suele encontrarse una serie de transmisores de órdenes, habiendo tal fungibilidad en esos elementos y en los que ejecutan directamente los hechos delictivos, que es difícil aplicar las reglas de la instigación.

El mismo autor, en una obra posterior<sup>28</sup> expresa que la solución de la imputación por la vía de la asociación ilícita no conforma, ya que si bien todos los integrantes responden por esta imputación, en los delitos efectivamente cometidos por alguno de sus miembros, sólo a ellos se les debe imputar, quedando impunes los que planifican y toman las decisiones finales.

Además –en términos de JAKOBS- el rol de los miembros de la asociación ilícita surge más bien de la violación del deber general de no dañar a terceros que caracteriza al ámbito de

---

<sup>26</sup> *Asociación ilícita (art. 210 C.P.). Algunas consideraciones*, en “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”, Director editorial Carlos Julio Lascano, La Lectura – Lerner, Córdoba, 2011, pp. 593/618.

<sup>27</sup> Ob. cit., pp. 616 y 617.

<sup>28</sup> *Delitos contra el orden público*, Marcos Lerner, Córdoba, 2002, p. 223.

atribución de responsabilidad por *organización*; por el contrario, en el supuesto de las estructuras jerárquicas de las organizaciones estatales de terrorismo de Estado nos encontramos en la esfera de atribución de responsabilidad *institucional* de los funcionarios públicos.

## 5. Conclusiones

La autoría mediata por dominio de la organización tiene base legal en nuestro Derecho Positivo, pues halla favorable acogida dentro del concepto de autor que el legislador argentino contempló en el art. 45 del Código Penal. Distintos doctrinarios ya se han encargado de repeler con sólidos fundamentos la crítica proveniente de representantes nacionales del positivismo jurídico que piensan que con esta forma de autoría mediata se violaría el principio de legalidad pues -al no estar prevista en el Código Penal Argentino- su aplicación a un caso concreto implicaría una interpretación extensiva del art. 45 del Código Penal en perjuicio del inculpaado. Esta posición encontró sustento en el método semántico-gramatical de interpretación del texto legal.

En base a esta línea de pensamiento SANCINETTI y FERRANTE<sup>29</sup> han dicho que las disposiciones sobre autoría del art. 45 del Código Penal, son reglas amplias dominadas por conceptos demasiado vagos: “tomar parte en la ejecución del hecho”. Por lo tanto, la interpretación basada en la teoría del dominio del hecho no presenta inconvenientes, pues ello significa que es razonablemente factible atribuir a “los hombres de atrás” la circunstancia que con sus órdenes están “tomando parte en la ejecución del hecho” (art. 45 Código Penal), tanto en sentido literal como jurídico-penal.

Si bien esa posición tiene suficiente peso argumental como para desvirtuar la crítica causalista, consideramos no obstante que la autoría mediata está expresamente prevista en el Código Penal dentro de la categoría de los “*determinadores*”, en el último párrafo del art. 45. De este modo, si con la posición antes reseñada de SANCINETTI y FERRANTE no se vulnera el principio de legalidad constitucional, menos aún se verifica esta lesión con la interpretación que propugnamos.

En efecto, la fórmula “el que hubiese determinado directamente a otro a cometerlo” permite sostener que, entre las variantes que caben considerar del concepto de determinador, se encuentra

---

<sup>29</sup> SANCINETTI, MARCELO A. – FERRANTE, MARCELO, El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 206.

aquél que ejerce el dominio del hecho a través de otro cuya voluntad se encuentra “determinada directamente”, es decir, sometida al plan delictivo de aquél, pero conservando el ejecutor el dominio de la acción, pues el art. 45 C.P. de ningún modo exige que ese ”otro” sea un sujeto no responsable penalmente.

Somos conscientes de no haber solucionado el problema con las reflexiones que hemos aportado, pero nos conformamos con haber señalado las cuestiones importantes de un debate que aún sigue abierto. Muchas gracias por su presencia y atención.