

*mandator caedis pro homitida habetur<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Regla de Ulpiano, conforme la cual quien mandaba cometer un homicidio debía responder como si él mismo lo hubiera ejecutado.

## **Agradecimientos**

A la Università degli Studi di Ferrara, que apoyó con una beca de doctorado la presente investigación; a todo el personal del Dipartimento di Giurisprudenza y de la Biblioteca.

Al Prof. Alessandro Bernardi, por la confianza que depositara en mí.

Al colega Ciro Grandi, por su amistad y a modo de disculpa por las innumerables molestias que le ocasioné.

Al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en particular a su Gästekoordinatorin, Dr. Johanna Rinceanu, por su cordial recibimiento en Friburgo de Brisgovia, y a su Director, Prof. Ulrich Sieber.

A la Bibliothek Recht und Wirtschaft de la Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Al Prof. Massimo Donini, por su disponibilidad permanente y sus valiosos consejos para la investigación.

A Raúl Zaffaroni, por ser mi Maestro y amigo.

A los que espero volver a encontrar algún día.

A mis amigos.

A mi madre, por todo.

A Monica, por los bellos abriles (y por tanta paciencia).

A nuestros hijos, Julio Ernesto y el diamantito.

Este trabajo está dedicado a la memoria de mi tío  
*Julio Alfredo Rodríguez*  
(1940-2001)

## **Abreviaturas**

CNCCF: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.

CPar: Código Penal argentino

CPfr: Código Penal francés

CPit: Código Penal italiano

CPI: Corte Penal Internacional

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

DStG: Código Penal alemán

ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional

GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht

JICJ: Journal of International Criminal Justice

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Introducción

a) Estado actual de la materia. – b) Objetivos generales y específicos de la investigación. - c) Metodología y fuentes. – d) Preguntas directrices e hipótesis. – e) Relevancia de la propuesta. – g) Consideraciones finales.

a) Estado actual de la materia

Existen dos tipos básicos de sistemas de regulación legal de la concurrencia de personas en el delito: los que diferencian las figuras del autor y de los partícipes (personas que toman parte en el delito ajeno como cómplices o instigadores) y los que establecen una única forma de intervención en el hecho punible, considerando autores a todos los que inciden causalmente en su realización. Ejemplo del primero de estos sistemas es el previsto en el Código Penal argentino (arts. 45-49, aunque impone una única pena a autores, coautores, cooperadores necesarios y determinadores (autores mediatos, instigadores) y sólo establece una pena atenuada para el cooperador no necesario); ejemplos del segundo, la disciplina del concurso de personas del Código Penal italiano, según la cual es autor todo el que hace cualquier aporte al delito (*“quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita”* [...] art. 110 y siguientes, CP italiano). El Código Penal francés, por su parte, aunque basado sobre un sistema de diferenciación entre la responsabilidad por el hecho propio y la participación en el hecho ajeno, establece una pena única para autores

y cómplices (« *sera puni comme auteur le complice de l'infraction* » (art. 121-6, CP francés). Un caso particular es el del derecho español, que considera autores también a los inductores y a los cooperadores necesarios (art. 28 CP español), pero diferencia la figura del cómplice (partícipes no necesarios que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, art. 29 CP español) para el que prevé la imposición de una pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito (art. 63 CP español).

La larga discusión que ha enfrentado a quienes sostienen la preeminencia de la normatividad de los conceptos que integran los distintos niveles de la teoría del delito, con quienes defienden la idea de que la ley debe respetar los datos de realidad que le vienen dados por la experiencia cotidiana, ha tenido también un capítulo que atañe a las formas de intervención punitiva ante la pluralidad de personas en el delito. Esta discusión, entonces, ha enfrentado a quienes consideraron que los conceptos de autor y partícipes son el resultado de elaboraciones legislativas, y que, por ende, es errónea la accesoriedad de la participación (MAYER; VON HIPPEL; MEZGER), y quienes postularon, en cambio, que la regulación de la concurrencia de personas debe receptor estructuras prejurídicas (WELZEL, BLOY).

Desde el punto de vista práctico, la diferenciación implica, en principio, la aplicación de diversas penas para los distintos tipos de intervinientes, mientras que el sistema de autor único, por lo general, aplica una pena única, admitiéndose al momento de la individualización de la pena eventuales disminuciones sobre la base de la culpabilidad de

cada partícipe (i. e. cuando el aporte prestado al hecho haya tenido una *mínima* importancia en la preparación o en la ejecución del delito, art. 114 CP italiano). Uno y otro sistema tienen como finalidad extender el tipo penal básico a quienes no son personalmente ejecutores de la acción del delito.

Los sistemas que diferencian la autoría de la participación necesitan de criterios para esta distinción, que han sido aportados por las teorías formal-objetiva, material-objetiva y subjetiva.

En el marco de las teorías material-objetivas, Hans WELZEL formuló en 1939 la *teoría del dominio del hecho*, que se apoya en la finalidad de la conducta, como una consecuencia de la teoría final de la acción. Su mayor contribución, sin embargo, es la superación metodológica del dualismo neokantiano según el cual el mundo del ser y del deber ser eran por completo independientes uno del otro. La diferencia entre autoría y participación para los delitos dolosos, no era el resultado de disposición legal alguna, y tampoco podía la ley eliminar esta distinción, puesto que no se trataba de un producto del legislador, sino de una forma de aparición real de la existencia de la comunidad previamente dada.

La teoría del dominio del hecho, sin llegar a imponerse totalmente en la dogmática alemana – mucho menos en la jurisprudencia, donde se impuso desde tiempos del Reichsgericht la teoría subjetiva – llegó a ser la teoría dominante en la materia. Desde la década del 60 del siglo pasado, fue ampliamente discutida tanto en el ámbito alemán como en el iberoamericano, y adquirió un notable desarrollo con la obra de Claus

ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963). Partiendo de la premisa de que el criterio del dominio del hecho no es idóneo para la distinción de las categorías de autoría y participación en todos los delitos, distinguió tres formas del dominio del hecho: dominio de la (propia) acción, dominio de la voluntad (de otro) y dominio funcional del hecho (ejecutado con otro). La segunda de estas formas de dominio del hecho, presenta a su vez tres modalidades: dominio de voluntad por coacción, dominio de voluntad por error, y dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Ésta última hipótesis corresponde al caso en que el sujeto que actúa no lo hace coaccionado ni engañado, y reviste el carácter de ejecutor fungible en el engranaje del aparato de poder.

La teoría del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, fue la base jurídica de la imputación a los comandantes en el “Juicio a las Juntas” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, sentencia del 9 de diciembre de 1985, en la causa 13/1984). Esta doctrina fue ampliamente recogida en la jurisprudencia argentina posterior, y en particular en la que se ha producido desde la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final realizada por el Congreso Nacional y confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la declaración de inconstitucionalidad de los indultos presidenciales. Sin embargo, la doctrina argentina no la ha aceptado unánimemente, y de hecho la Corte Suprema la rechazó en su sentencia del 30 de diciembre de 1986 (Fallos 309:1689), estableciendo que los jefes militares que habían dado las órdenes delictivas habían actuado



como “cómplices primarios”, en los términos del art. 45 CP argentino. En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y extranjera, han comenzado a explorar nuevas posibilidades para la imputación de la responsabilidad individual de los dirigentes, y por ello creemos necesaria la profundización de esta problemática. Por otra parte, se cuestiona que la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad por fuerza de un aparato organizado de poder, en cierto modo subestima la intervención de los ejecutores, aun cuando su *fungibilidad* no sea un obstáculo para la persecución penal de sus actos.

En el estado actual del debate, existe consenso sobre la dificultad de establecer un criterio universal para la distinción de autoría y participación, válido para todas las especies de delitos. Las posturas más radicales proponen renunciar a la diferenciación de las distintas formas de participación, disolviendo las categorías de autoría y participación mediante criterios normativos de imputación objetiva. Estas posiciones deben hacer frente a la frecuente objeción de que implicarían un retorno al concepto unitario de autor, sobre todo en las variantes en las que postulan la reducción del aporte del partícipe a “formas de idoneidad ex ante que transforman el concurso de personas en una tentativa de concurso”<sup>2</sup>

Por lo tanto, el debate actual continúa una discusión de más de cuatro décadas, centrada en la importancia de la teoría del dominio del hecho como criterio para determinar la autoría, y que en nuestros días llega al punto de poner en discusión la diferenciación misma de las

---

<sup>2</sup> DONINI, Massimo, 1996, p. 161.

categorías de autor y partícipe y, por ende, el principio de accesoriadad. Las teorías actuales ponen en duda la importancia del aspecto fáctico del dominio y cuestionan la exigencia de la participación de mano propia en la ejecución. Se registra, evidentemente, un desplazamiento en la doctrina hacia un modelo normativo de participación delictiva.

A grandes rasgos, el debate doctrinario ha estado profundamente marcado, luego de la elaboración de ROXIN, por las contribuciones de BLEI, FREUND, JAKOBS, ROTSCH, SCHMIDHÄUSER y SCHRÖDER, entre otros, en el ámbito alemán; BACIGALUPO, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GIMBERNAT ORDEIG, HERNÁNDEZ PLASENCIA, entre otros, en el ámbito español. Ha sido un tema ampliamente debatido en la doctrina italiana, sobre todo en los años ochenta del siglo pasado, por autores como DONINI, INSOLERA, SEMINARA, STORTONI, y años antes por BOSCARRELLI, DELL'ANDRO, GALLO, PECORARO-ALBANI, PEDRAZZI Y LATAGLIATA, entre otros. En la doctrina argentina, las obras de DONNA y FIERRO recogen buena parte del debate contemporáneo.

En cuanto a la específica cuestión de la atribución de responsabilidad individual a los superiores por las órdenes emanadas para la comisión de graves violaciones a los derechos humanos – a pesar de su difusión en la jurisprudencia argentina y su difundida receptación en la sentencia “Fujimori” de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú del 7 de abril de 2009 – algunas voces critican la supuesta inconsistencia dogmática de la teoría del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (BACIGALUPO, DONNA, FIERRO, GARCÍA VITOR, RIGHI, SANCINETTI, ZAFFARONI, en la

Argentina; FREUND, JAKOBS, JESCHECK, KÖHLER, SAMSON Y SCHROEDER, entre otros, en el debate alemán).

Por otra parte, en una muy reciente jurisprudencia argentina (causas 2005 y 2044, “Campo de Mayo”, 12 de agosto de 2009; y causas 2046 y 2208 “Riveros, Bignone, Meneghini, Patti, Rodríguez”), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín se inclinó por calificar a los superiores que ordenaron la ejecución de los crímenes imputados como coautores.

Por todo lo expuesto, se impone una profundización de la cuestión de la imputación de quienes, sin tomar parte en la ejecución, participan del hecho elaborando el plan y dando las órdenes necesarias para su realización.

#### b. Objetivos generales y específicos de la investigación.

El objetivo general de nuestra investigación, ha sido el de presentar una posición respecto a la disciplina del concurso de personas en el delito. En cuanto a los objetivos específicos de nuestro proyecto, es decir, la responsabilidad penal de los sujetos que idean el plan y ordenan su ejecución, se afrontaron los problemas que presentan las dos posiciones dominantes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina: en el caso de la autoría mediata, la cuestión del dominio de un sujeto que, no obstante actuar con plena responsabilidad, es considerado un “instrumento” (en contradicción con el *principio de autonomía*); en el caso de la coautoría, el problema del requisito de la *ejecución conjunta del hecho*, que en principio no se verifica en los casos de quienes sólo

actúan en su fase preparatoria. Asimismo, serán objeto de análisis las demás hipótesis de calificación de las conductas de los dirigentes (autoría mediata en virtud de coacción, participación necesaria, inducción).

c. Metodología y fuentes.

Las fuentes de nuestra investigación han sido, fundamentalmente, la bibliografía y jurisprudencia comparada. Se han analizado las sentencias más representativas, tanto nacionales como supranacionales, y en forma exhaustiva, el debate doctrinario en América Latina, en Alemania, España e Italia, así como la normativa y la jurisprudencia relevante de estos tres países europeos. Se relevará también la posición sentada por los tribunales internacionales ad-hoc y la normativa del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

d. Preguntas directrices e hipótesis.

Tomando como premisa el respeto del principio de responsabilidad restringida, se partió del presupuesto de que no es posible establecer un criterio único de diferenciación de la participación para todos los delitos, lo que no implica reenviar el problema a la parte especial, sino simplemente reconocer las dificultades de cualquier criterio de diferenciación que pretenda tener alcance universal. Con respecto a la cuestión específica de la responsabilidad del hombre de atrás, se fundamentó la hipótesis de la coautoría de los crímenes para el caso argentino, lo que implicó una revisión del denominado “paradigma de la ejecución”. Ello, sin perjuicio de sostener que el tipo de responsabilidad

penal del superior por los hechos de sus subordinados, dependerá de cuestiones de hecho que deberán ser evaluadas en cada caso en concreto.

e. Relevancia de la propuesta.

Los países del Cono Sur de América (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) en los que entre las décadas del '70 y del '80 del siglo pasado se ejecutó el plan de coordinación de operaciones de los regímenes dictatoriales que por entonces usurpaban el poder estatal, para la práctica del terrorismo de estado, han encarado de forma diversa sus transiciones hacia la democracia y, en particular, han dado diversas respuestas a la demanda de justicia por los crímenes cometidos por los regímenes anteriores.

En los últimos años, la Argentina ha recommenzado a juzgar a los responsables por crímenes de lesa humanidad de la última dictadura, como consecuencia de la anulación de la legislación que lo impedía.

Uruguay sometió a referéndum la vigencia de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado en dos ocasiones, ambas con resultado negativo: en 1989, con el objetivo de derogar la ley, en 2007 para realizar una enmienda constitucional que anulase parcialmente la ley con efectos retroactivos. Recientemente un proyecto de ley que también anulaba parcialmente la Ley de Caducidad, no alcanzó los votos necesarios en el Senado para su aprobación definitiva. Sin embargo, la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de la ley en los casos “Sabalsagaray” (19 de octubre de 2009), “Organizaciones de Derechos Humanos denuncian” (1 de noviembre de 2010) y “Fusilados de

Soca” (10 de febrero de 2011). El Poder Ejecutivo estaría buscando alternativas para llevar adelante procesos por crímenes contra la humanidad, pero en un número limitado de casos. Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló en contra del Estado uruguayo el 24 de febrero de 2011 en el caso “Gelman vs. Uruguay”, estableciendo que la ley de caducidad carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos.

Una situación similar se presenta en el Brasil, en particular luego de que la Corte Interamericana condenara al Estado por la vigencia de la ley de amnistía (caso “Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 24 de noviembre de 2010). Chile también ha sido condenado por el mismo motivo (caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, aunque la condena internacional no ha tenido las mismas consecuencias políticas y jurídicas; lo mismo ha ocurrido con respecto a Bolivia (caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 1 de septiembre de 2010) y el Paraguay (caso Goiburú y otros vs. Paraguay, 22 de septiembre de 2006). A pesar de las distintas respuestas políticas y jurídicas ofrecidas por los gobiernos de los países del Cono Sur, resulta evidente que se ha abierto un período de justicia en la región que requiere una importante labor doctrinaria para resolver todas las cuestiones jurídicas que se presentan frente a la persecución nacional de los crímenes de lesa humanidad cometidos por los regímenes dictatoriales precedentes. De todas ellas, en nuestra investigación nos abocaremos a la cuestión del concurso de personas y la imputación de responsabilidad individual de los crímenes de Estado cometidos por la última dictadura

argentina, y en particular, a la imputación de los crímenes de los subordinados a los superiores, en una perspectiva histórica-comparada con los demás países del Cono Sur de América y con la doctrina y jurisprudencia europea en materia de autoría y participación.

Si bien en la Argentina la única consecuencia jurídica (y práctica) de no considerar autores a quienes integraban las cúpulas militares es que para su punición se requerirá que el ejecutor final haya comenzado su conducta, mientras que si se lo considera autor mediato habrá tentativa desde el momento en que diera la orden, en los distintos ordenamientos en examen (Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay) se presentan algunas particularidades (así, por ejemplo, conforme el derecho aplicable en el Uruguay, la participación en el hecho por parte de los superiores jerárquicos es, sin ninguna dificultad interpretativa, un caso de coautoría, en virtud de lo previsto por el art. 61 inc. 4 del CP: “se consideran coautores [...] los que cooperan a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer”; previendo la misma pena para autores y coautores, y una pena atenuada para los cómplices).

## **La responsabilidad penal de las jerarquías políticas y militares en los crímenes contra la humanidad**

### **I**

#### **Sistemas normativos de regulación del concurso de personas en el delito. Teorías objetivas.**

Con la reapertura de los juicios por los crímenes contra la humanidad cometidos por la última dictadura en la República Argentina<sup>3</sup>, se ha planteado nuevamente un debate jurídico que, al igual que la conciencia sobre la necesidad de proteger los derechos humanos, proviene de la segunda posguerra. Se trata de la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores (jerarquías políticas y militares) por los hechos de sus subordinados<sup>4</sup>. Un problema que no se plantea en estos términos en la legislación interna de Italia, sino que corresponde a una necesidad dogmática que se presenta en los países cuyo derecho positivo establecen diferentes formas de participación en el delito, como Argentina, España y Alemania. Esta cuestión ha sido aquí abordada desde una perspectiva histórico-comparada, en la que hemos analizado la doctrina y la jurisprudencia en la materia. Por otra parte, hemos

---

<sup>3</sup> En un contexto en el que se multiplicaban los juicios por apropiación de bebés y los pedidos de extradición por parte de jueces extranjeros que, tanto en virtud del principio de territorialidad pasiva como en razón del principio de jurisdicción universal, procesaron y condenaron a militares argentinos, el Congreso Nacional declaró la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, sobre la base de una iniciativa del Poder Ejecutivo encabezado por el Presidente Néstor Kirchner. La nulidad de las leyes fue ratificada por la Corte Suprema de la Nación Argentina (CSJN, “Simón”, Fallos 328:2056), sobre la base de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Barrios Altos”.

<sup>4</sup> Para un análisis de ésta y otras cuestiones relativas al enjuiciamiento de las jerarquías militares en tiempos de la transición democrática, cfr. SANCINETTI, Marcelo, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner Editores, 1988.



comprobado que la armonización penal en Europa plantea una rica discusión en torno a las formas de participación en el delito, y hemos dado cuenta además del debate en el campo del Derecho Penal Internacional.

Todas las teorías que fundamentan la diferenciación entre las formas de participación dependen de la técnica normativa adoptada por el Derecho positivo. Frente a la unificación de las formas de participación (concepto unitario de autor, *Einheitstäterbegriff*), se presentan problemas más elementales. En efecto, la doctrina italiana ha tenido que determinar cuál debe ser el aporte personal que hace punible al partícipe de un delito cometido por una pluralidad de agentes<sup>5</sup>. En ordenamientos como el italiano, los elementos objetivos y subjetivos no funcionan como criterios de diferenciación de la participación en el delito, sino que permiten

---

<sup>5</sup> Dentro del concepto unitario en Italia, entre otros, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 16ª ed. aggiornata e integrata, a cura di Luigi CONTI, Milano: Giuffrè, 2003, p. 555; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 5ª ed., Padova: CEDAM, 2007, p. 500; fuertemente críticos, MUSCO, Enzo; FIANDACA, Giovanni, *Diritto Penale. Parte Generale*, 5ª ed. aggiornata, Bologna: Zanichelli, 2008, p. 488, quienes lo relacionan con las “tendencias autoritarias-represivas típicas de la política penal del ’30”. Siguen esquemas diferenciados de las formas de participación, entre otros, LATAGLIATA, Angelo R., *I principi del concorso di persone nel reato*, 2ª ed. Pompei: Morano Editore, p. 267; BETTIOL, Giuseppe; PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale*, p. 652 *et seq.*; PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, Palermo: Priulla, p.113. A favor de la reforma del sistema y de la eliminación del sistema unitario, MONACO, L., La riforma dell’art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi, in VASSALLI, Giuliano, *Problemi generali di diritto penale*, 1982, p. 119 *et seq.*; cfr. también las propuestas de reforma de la Comisión Grosso, en GROSSO, C. F., *Per un nuovo codice penale*, Padova, 2000, 40 ss. Sobre las formas de participación previstas en la parte especial del CP italiano, cfr. STORTONI, Luigi, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova: CEDAM, 1981. Favorable a una interpretación de la normativa que dé cuenta de las diferencias reales de las conductas de autoría y participación, DONINI, Massimo, La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, en *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 1984, 175, p. 192 *et seq.*

establecer categorías analíticas similares a las que se manifiestan en la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo en el hecho individual<sup>6</sup>.

En la dogmática francesa, “*la complicité*” se caracteriza como una extensión de la autoría a la participación mediata en un delito<sup>7</sup> o como una “forma de autoría *lato sensu* que debe presentar elementos constitutivos simétricos a los de la infracción penal”<sup>8</sup>. La más extrema manifestación del criterio unitario se ha constatado en Noruega, donde se ha llegado a afirmar que cada partícipe comete un delito distinto, y que los problemas de la participación - en particular la diferenciación entre autores y partícipes - son ajenos a la realidad<sup>9</sup>.

Aquí sostenemos que las formas de participación no dependen de la ley sino que están “en la naturaleza misma de la cosa”<sup>10</sup>, por eso aun en los casos en que la ley equipara todas las formas de participación, dicha equiparación no elimina la necesidad dogmática de diferenciar

---

<sup>6</sup> BACIGALUPO, Enrique, Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación, en *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 458.

<sup>7</sup> ROBERT, Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 2ª ed., Paris: PUF, 1992, p. 363

<sup>8</sup> RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal*, 1987, p. 426, cit. por BACIGALUPO, E., *cit.*, nota 4.

<sup>9</sup> GETZ, B., *De la soi-disant participation au crime*, 1876, cit. por BACIGALUPO, E. *cit.*, nota 4.

<sup>10</sup> Cfr. WELZEL, Hans, Studien zum System des Strafrechts, en *ZStW*, 58, 1939, p. 541: “Wo das Gesetz terminologisch alle Beteiligungsformen in einen allgemeinen Täterbegriff aufgehen lassen will, muß es unvolkstümlich wirken, weil Sprache und Volksbewußtsein sich an die wirklichen Erscheinungsformen, nicht an terminologische Kunstprodukte halten”; BOCKELMANN, Paul, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, en *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957; hay traducción castellana de Carlos Fontán Balestra, *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1960; de ésta última v. p. 7; *idem*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, en *ZStW*, 1957, *Sonderheft*, p. 48.

autores y partícipes<sup>11</sup>. Desde este punto de vista, el tratamiento unitario de la participación en el delito es relativo. Como también es relativo el tratamiento diferenciado previsto por la ley cuando la pena es idéntica para todos o casi todos los supuestos. Lo que resulta relativizado es la regulación diferenciada de la participación, no así la diferenciación en sí, que es un dato de la realidad y depende de la naturaleza de las cosas. Por ende, ni el tratamiento unitario ni el diferenciado aseguran de por sí y *a priori* una solución más aceptable en razón de las distintas responsabilidades concurrentes en un delito con pluralidad de partícipes. Si la disciplina italiana, por ejemplo, previera una disminución obligatoria en los casos de aportes - no sólo de mínima (art. 114 CP italiano) - sino también de *menor* importancia<sup>12</sup>, la solución unitaria sería aceptable desde el punto de vista de la justicia material. Sin embargo, lo cierto es que de este modo el tipo pierde sus límites precisos, lo que implica un déficit en la operatividad del principio de legalidad<sup>13</sup>. Desde el punto de vista práctico, son conocidas las dificultades que el concepto unitario plantea a los delitos especiales propios y a los delitos de propia mano.

---

<sup>11</sup> BACIGALUPO, E., *cit.*, nota 4, p. 459.

<sup>12</sup> La jurisprudencia de la Casación penal establece que el art. 114 CP italiano constituye una excepción a la regla de equiparación de las diversas formas de concurso de personas en el delito, que se configura sólo cuando la obra de uno de los concurrentes hubiera sido no sólo menor respecto de la de los otros autores, sino mínima, al punto de haber ejercido una eficacia etiológica completamente marginal e irrelevante en la producción del resultado. Cfr., por ejemplo, Cass. Pen., Sez. I, 10.3.2004, CED Cass. 2228216, Repertorio generale annuale - Foro italiano, 2004, Concorso di persone nel reato, [1520], n. 181.

<sup>13</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 2ª reimpresión, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 633.

Con todo, siguiendo un *criterio restrictivo* de autor, es evidente que tanto uno como otro sistema - unitario y diferenciador - tienen como finalidad común la de extender el tipo penal de base, monosubjetivo, a aquellos que no ejecutan personalmente la acción del delito.

Es justo señalar que la diferenciación de las formas de participación fue impuesta a la dogmática por el derecho positivo (tanto en la legislación argentina, como en la alemana y la española, entre otras). Frente a ello, la tradición causalista siempre mantuvo serias dudas acerca de la posibilidad de una distinción objetiva de las formas de participación. Desde este paradigma, la distinción entre autoría y participación se presenta como una contradicción al único principio que considera correcto, es decir, que autor es todo aquél que pone una causa para la producción de un resultado. En los sistemas diferenciadores, la norma desconocía un principio de orden natural, físico.

Recordemos lo sostenido por Franz VON LISZT:

Aus dem Begriff der Ursache folgt, daß jeder, der durch Setzen einer Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge an dessen Herbeiführung sich beteiligt, den Erfolg verursacht hat; daß, da alle Bedingungen des Erfolges gleichwertig sind, zwischen den einzelnen an der Herbeiführung des Erfolges Beteiligten ein begrifflicher Unterschied nicht besteht; daß mithin ihre verschiedene Bestrafung nur innerhalb desselben Strafrahmens gerechtfertigt ist.

Das geltende deutsche Reichsrecht hat diese Folgerungen nicht gezogen [...]<sup>14</sup>

En verdad, el problema era que la teoría no incorporaba datos de la realidad a sus especulaciones.

Existe otra vía dogmática para la racionalización de la unificación de las formas de participación, que es la perspectiva *normativista*, como veremos más adelante. Basta por el momento señalar que, de acuerdo con este punto de vista, en líneas generales, todas las formas de participación son equiparables en la medida en que lesionan un interés típico, sin que importe la configuración externa de la conducta del agente.

Tanto por una como por otra vía se llegó a las *teorías extensivas de la autoría*, conforme a las cuales todo aporte al delito era equivalente y constituía autoría, salvo en los casos en que el derecho positivo establecía lo contrario. Por ende, las normas que establecían la punibilidad del inductor y del cómplice eran consideradas “fundamentos de limitación de la responsabilidad”<sup>15</sup>, con la consiguiente atenuación de

---

<sup>14</sup> VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17a ed., Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, p. 213, aunque como recuerda BACIGALUPO, E. (*cit. nota 4*, p. 459), VON LISZT introdujo estas ideas ya en 1881 en su obra *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, manteniéndolas hasta las últimas ediciones del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (26ª ed., 1932). El texto citado en alemán dice: “Como se deriva del concepto de causa (...) quien a través de la interposición de una causa para el resultado ocurrido ha participado en esa causación, ha causado el resultado; (...) todas las causas del resultado son equivalentes, entre las distintas causas del resultado implicadas no existe ninguna diferencia conceptual; por consiguiente sus diferentes puniciones sólo están justificadas dentro de la escala penal. El derecho positivo del Reich alemán no ha seguido estas conclusiones [...]”

<sup>15</sup> MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1949, p. 116.

la pena cuando lo permitiera el texto legal. En los sistemas diferenciadores, como decíamos antes, en ocasiones la pena es la misma para diversas categorías de partícipes<sup>16</sup>, sin embargo la distinción no es sólo de orden conceptual, sino que en virtud del principio de accesoriedad, opera también en el plano de la tipicidad, correspondiendo diversas consecuencias jurídicas a las distintas categorías.

Tanto en Alemania como en España y Argentina, predomina el *concepto restrictivo de autor*, según el cual el tipo penal describe el comportamiento del autor, y las otras formas previstas de participación en el hecho del autor son consideradas *extensiones de la punibilidad*.

---

<sup>16</sup> El CP argentino prevé la misma pena para autores, instigadores y cómplices primarios (necesarios), y prevé una atenuación en el art. 46 sólo para los cómplices secundarios (no necesarios).

## II

### Teorías subjetivas. Teoría del dominio del hecho.

El pensamiento jurídico fue incapaz de dar con elementos objetivos que sirvieran como base para distinguir las formas de participación. Por ello se apeló a elementos subjetivos de la conducta a través de las teorías subjetivas<sup>17</sup>.

En Alemania, ya desde fines del siglo XIX se imponía en los tribunales la perspectiva subjetiva, conforme la cual, puesto que no sería posible distinguir entre contribuciones “más” o “menos” causales, el único modo posible de diferenciar autores de otros partícipes accesorios era considerar su *actitud subjetiva en relación con el hecho*: si el sujeto había tenido la intención de ser autor (*animus auctoris*), sería considerado principal responsable sin que importase su objetiva contribución al delito; mientras que si había actuado con la intención de cooperar en un hecho ajeno (*animus socii*), sería responsable en carácter de cooperador o partícipe aun cuando hubiera realizado por sí solo todos los elementos del tipo penal. Esta vertiente de la teoría subjetiva es conocida como *teoría del dolo*.

Otro punto de partida subjetivo es aquel que diferencia la conducta del autor y del partícipe sobre la base del interés que las impulsa. Se trata de un enfoque ya presente en FEUERBACH<sup>18</sup>, y que

---

<sup>17</sup> BACIGALUPO, E., *cit.* nota 4, p. 462

<sup>18</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2a ed. ampliada y profundizada, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Eds., p. 19.

distingue entre autores y partícipes según el *interés en el resultado*, el que determina, en parte, que se quiera o no un hecho como propio.

En lo que concierne a nuestro tema, para las teorías subjetivas la responsabilidad de los superiores por los hechos de los subordinados no representa problema alguno, puesto que en tanto que el superior obra con *animus auctoris*, carece de importancia que el autor inmediato sea o no culpable, y si lo fuera, de todos modos el superior sería considerado *autor detrás del autor*.

A esta dicotomía entre teorías objetivas y subjetivas, el finalismo ofreció una respuesta, que es actualmente doctrina mayoritaria. Se trata de una teoría objetiva construida sobre la base del *dominio del hecho* postulado por WELZEL<sup>19</sup>. De acuerdo con esta teoría, domina el hecho quien tiene en todo momento en sus manos el curso causal, y por ello puede decidir sobre la configuración del hecho<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> WELZEL, Hans, *cit.*, nota 8 (1939), p. 491 *et seq.*

<sup>20</sup> ZAFFARONI señala que la tesis se remonta a Pellegrino ROSSI, “quien sostenía que la resolución y el hecho material son los dos elementos constitutivos del delito, concluyendo que todo aporte que facilite, pero que no configure los elementos constitutivos del delito, corresponde a los cómplices, que secundan la ejecución, pero no crean el crimen”. ROSSI, P., *Traité de Droit Pénal*, París, 1863, II, p. 194, cit. por ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, p. 774.



### III

#### La teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados

El 11 de diciembre de 1961, tras haber deliberado por cuatro meses, se dictó la sentencia que condenó a Adolf Eichmann por varios delitos «contra el pueblo judío», es decir, *con ánimo de destruir su pueblo*<sup>21</sup>. El año anterior había sido raptado en Buenos Aires por agentes israelíes y llevado a Jerusalén para ser juzgado por su responsabilidad en los hechos cometidos en el marco de la denominada «*Solución Final para el problema judío*». En su defensa, Eichmann sostuvo que la acusación de asesinato no era justa: «Ninguna relación tuve con la matanza de judíos. Jamás di muerte a un judío, ni a persona alguna, judía o no. Jamás he matado a un ser humano. Jamás di órdenes de matar a un judío o a una persona no judía. Lo niego rotundamente»<sup>22</sup>. Insistió en afirmar que tan sólo podía ser acusado de «ayudar» a la aniquilación de los judíos, y de «tolerarla». Como señala Arendt, la acusación perdió mucho tiempo intentando demostrar que Eichmann había matado *con sus propias manos*, por lo menos a una persona<sup>23</sup>. Sin embargo, en todo momento Eichmann sostuvo no haber cometido nunca un acto directamente encaminado a la consumación de alguno de los delitos de los que se le acusaba. Por otra parte, la acusación no logró desmentir a

---

<sup>21</sup> Cfr. ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen: 2011, p. 370. (Eichmann in Jerusalem, 1963).

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>23</sup> El caso en el que intentaron inútilmente inculpar a Eichmann como *autor directo*, había consistido en el asesinato de un adolescente judío en Hungría.

Eichmann en este punto<sup>24</sup>. Como consecuencia, para atribuir la responsabilidad de los hechos a Eichmann, se dijo en la sentencia: «Describiendo las actividades del acusado en los términos contenidos en la Sección 23 de nuestro Código Penal, debemos decir que aquéllas eran, principalmente, las propias de la persona que instiga, mediante su consejo o asesoramiento, a otros a cometer el acto criminal, o que capacita o ayuda a otros a cometer el acto criminal». Es decir, para decirlo con términos genéricos, se trataba de las hipótesis de instigación o participación, indispensable o no, para la realización del hecho ajeno. Sin embargo, el tribunal consideró que «en un delito tan enorme y complicado [...], en el que participan muchos individuos, situados a distintos niveles, y en actividades de muy diversa naturaleza - planificadores, organizadores y ejecutores, cada cual según su rango -, de poco sirve emplear los conceptos comunes de instigación y consejo en la comisión de un delito. Estos delitos fueron cometidos en masa, no sólo en cuanto se refiere a las víctimas, sino también en lo concerniente al número de quienes perpetraron el delito, y la situación más o menos remota de muchos criminales en relación al que materialmente da muerte a la víctima nada significa, en cuanto a medida de su responsabilidad. Por el contrario, en general, *el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal*»<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 373.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 373-374. Éste es el principal fundamento por el que el tribunal consideró que podía atribuirse a Eichmann la responsabilidad de hechos en cuya ejecución no había intervenido en forma directa, y que incluso su responsabilidad era mayor que la de los subordinados que habían realizado la acción última.

El tribunal de apelación, por su parte, desestimó el argumento de la defensa según el cual los crímenes atribuidos a Eichmann hubieran ocurrido de todos modos, aunque él no hubiera existido: «la idea de la Solución Final jamás hubiera revestido las infernales formas de la piel desgarrada y la carne torturada de los judíos, si no hubiera existido el fanático celo y la insaciable sed de sangre del recurrente y sus cómplices»<sup>26</sup>.

El 31 de mayo de 1962, luego de que se rechazara su pedido de clemencia, Adolf Eichmann fue ahorcado. Había sido uno de los mayores responsables del asesinato de judíos en el régimen nazi pero no se había probado que hubiera cometido ningún crimen en carácter de *ejecutor inmediato*. Al año siguiente (1963) Claus Roxin elaboró una construcción que procuraba incorporar a la dogmática jurídica la figura de los “hombres de atrás” o “delincuentes de escritorio” [*Schreibtischtäter*]<sup>27</sup>, y que tenía la particularidad de permitir la incorporación de un supuesto de autoría mediata en el que el ejecutor era plenamente responsable. El elemento característico de esta tesis es el concepto de *fungibilidad* del ejecutor, quien opera como un engranaje dentro de una gran máquina. En tanto el autor (mediato) controle el aparato, esto resultará suficiente para hacerlo responsable, pues si alguno

---

<sup>26</sup> Esta afirmación, como es evidente, no contradice el concepto de *fungibilidad* de los ejecutores, ni exime a éstos de responsabilidad.

<sup>27</sup> Roxin, Claus, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1963, p. 193 y ss. Este trabajo derivó en su célebre escrito de habilitación, y monumental obra de la dogmática jurídica, *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 24, (1a ed. 1963 - 8a ed. 2006). Hay traducción castellana de la 7a edición (1999), *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

de los ejecutores eludiera la tarea, otro la realizaría en su lugar, sin afectar la realización del plan.

En 1963, como consecuencia del proceso a Adolf Eichmann en Jerusalén<sup>28</sup>, Claus ROXIN postuló su conocida *teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*<sup>29</sup>. Esta teoría alimentó el viejo debate en torno de los criterios de distinción de las diferentes formas de participación en el delito.

ROXIN elaboró un *concepto abierto de dominio del hecho* que - según el autor - daba cuenta de los fenómenos de la realidad conservando un alto grado de determinación, por lo que permitía someter a una regulación generalizadora las formas básicas de participación que se presentan en la mayoría de los casos, a la vez que ofrecía una valoración justa de aquellos cuyas impredecibles circunstancias vedan la aplicación de una solución generalizadora<sup>30</sup>.

Esta teoría ofrecía una variante de la teoría *objetiva del dominio del hecho*: *autor es quien domina (beherrscht) el hecho*, ya sea por *dominio de la acción* (realización del tipo de propia mano, dolosa), *dominio funcional* (coautoría), o por *dominio de la voluntad de otro*. Esta última modalidad, la realización de un delito a través de otra

---

<sup>28</sup> En el caso Eichmann se invirtió la teoría de la participación, estableciendo que la responsabilidad del partícipe aumentaba cuanto mayor fuera la distancia del hecho.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, en *GA*, 1963, pp. 193-207. Poco después, Schroeder propuso un concepto similar, v. SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

<sup>30</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 145 *et seq.*

persona, del “hecho propio con manos ajenas”<sup>31</sup>, correspondía a la autoría mediata (*mittelbare Täterschaft*)<sup>32</sup>, que según ROXIN se presenta en cuatro supuestos: 1) dominio de la voluntad en virtud de coacción; 2) dominio de la voluntad en virtud de error; 3) dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores; y 4) dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas<sup>33</sup>. En los tres primeros supuestos, quien realiza el tipo de propia mano no domina el hecho, y esto fundamenta el dominio del “hombre de atrás”. El problema se

---

<sup>31</sup> WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 159.

<sup>32</sup> El origen del concepto de “autor mediato” se relaciona con el principio de accesoriadad extrema de la participación, que, dado que requería en el autor inmediato la culpabilidad, los instigadores de autores inculpables resultaban impunes. Más adelante, aún con la teoría de la accesoriadad limitada se mantuvo el concepto, porque la doctrina es unánime en que se trata de casos de autoría. En la legislación argentina tanto los conceptos de autor mediato como el de instigador están comprendidas por la figura del *determinador*. Autor mediato es quien se vale de otro que no tiene dominio del hecho, porque actúa atípicamente o amparado por una causa de justificación. Desde un punto de vista hermenéutico, es correcta la ubicación que sugiere ZAFFARONI del autor mediato dentro de la figura del determinador, junto al instigador, aun cuando uno sea autor y el otro participe. Dentro de esta figura hay un tercer tipo, que es el *autor de determinación*, es decir, quien determina a otro que no realiza conducta; que realiza una acción atípica; o realiza una conducta típica pero justificada, siempre que, en cualquiera de las tres hipótesis, no presente los caracteres típicos en los *delicta propria* o no realice personalmente el verbo típico en los delitos de propia mano. (Cfr. ZAFFARONI, *cit.*, nota 18, p. 770). Para la legislación argentina son autores, entonces, el ejecutor (**autor individual**), los **coautores** (en los supuestos de autoría paralela o concomitante y coautores ejecutores), el autor directo (que se vale de otro que no realiza conducta o actúa en forma personal); el autor mediato y el autor de determinación. Entre los cómplices, nos limitamos a señalar que el instigador es el que se vale de otro ya sea para cometer un delito o un injusto.

<sup>33</sup> Los elementos centrales de esta teoría han influido, como se verá, en el art. 25 (3) (a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y desde ya en la redacción del § 25 del Código Penal alemán: § 25 (1) *Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)*. A favor de su reconocimiento en la legislación argentina, operaba el art. 514 del CJM, que atribuía al superior la responsabilidad principal por los delitos que el subordinado hubiera cometido en cumplimiento de su orden.

presenta en el cuarto supuesto, es decir, cuando el autor inmediato domina el hecho.

Una buena parte de la doctrina sostuvo, en respuesta, el *principio de autonomía*<sup>34</sup>, conforme el cual la autoría mediata no es posible si quien realiza el tipo es autónomo y actúa en forma plenamente culpable. Por esta razón, no puede ser considerado un mero instrumento de otra persona<sup>35</sup>, por lo que “la persona de atrás” sólo podrá ser castigada por *instigación o colaboración*<sup>36</sup>. Esta hipótesis hace depender el dominio del hecho del “hombre de atrás” (o, mejor, “de arriba”), de la posibilidad o no de imputar al “hombre de adelante” o subordinado.

---

<sup>34</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Bernard, en LAUFHÜTTE, H. W.; RISSING-VAN SAAN, R.; TIEDEMANN, K. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlin: Walter de Gruyter Verlag, 2007, § 25, notas 62-64.

<sup>35</sup> GALLAS, Wilhelm, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in *Sonderheft, ZStW* (1957), 3; HERZBERG, R.D., Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en AMELUNG, Knut (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim: Pro Universitate Verlag, 2000, p. 33, 43; BLOY, R. Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, en *GA*, 1996, 424, p. 437 *et seq.* En respuesta a esta objeción, SCHLÖSSER sostiene el argumento de que en una organización rigurosa la autonomía desaparece. Cfr. la noción de “dominio social” (*soziale Tatherrschaft*) en SCHLÖSSER, J., *Soziale Tatherrschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pp. 151-155. p. 287 *et seq.*; sin embargo, no resuelve la cuestión acerca de si el ejecutor, miembro de la organización, es penalmente responsable. OLÁSULO distingue entre el *autoconcepto* (*self-concept*) del agente (quien se concibe a sí mismo como autónomo y puede por ende ser responsable) y la situación objetiva de dependencia (que permite a la ley imputar al superior de la organización como autor debido a su poder real sobre la comisión del hecho). Este punto de vista plantea la pregunta acerca de por qué debería ser considerada responsable una persona sobre la base de una mera ilusión de ser un agente autónomo. Cfr. OLÁSULO, Héctor, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 119-122.

<sup>36</sup> Cfr. *infra*, al tratar las críticas a la teoría del dominio de la voluntad por dominio de aparatos organizados de poder.

Estas críticas son fácilmente eludibles cuando se sostiene una teoría normativa de la participación en el delito, que no opone ningún problema lógico al hecho de que se admita que tanto la persona de adelante como la de atrás sean - ambos e independientemente uno del otro - autónomamente influyentes sobre el hecho como para ser responsables en calidad de autores<sup>37</sup>. Pero ello implica no sólo el abandono de la teoría del dominio del hecho, sino la exclusión de datos de la realidad fundamentales, tales como la manifestación externa de la conducta del agente.

Lo que postuló ROXIN en 1963 fue, por lo tanto, una excepción al mencionado principio de autonomía, considerada inevitable por la naturaleza de los crímenes. La pregunta que se planteaba el autor frente al caso Eichmann era, entonces: puesto que los subordinados que operaron los campos de concentración y las cámaras de gas eran plenamente responsables de sus actos, ¿podía Adolf Eichmann, quien había ordenado el asesinato de millones de judíos, no ser considerado autor de un crimen de masa sino un mero instigador o partícipe? Su respuesta fue la afirmación de la existencia de una categoría de dominio de la voluntad que, sin embargo, a diferencia de las otras tres, no se basa en el actuar inculpable del autor inmediato: *el dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas*. Con este nombre abarcó los casos en los que “*el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada*

---

<sup>37</sup> Cfr. RADTKE, H., Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, en *GA* (2006) 350, p. 356.

*estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor*”<sup>38</sup>.

La fungibilidad del “instrumento” como fundamento de la autoría mediata en estos casos fue inmediatamente contestada por SCHROEDER<sup>39</sup>. Seguramente, los casos que estos autores tomaron como referencia para sus elaboraciones teóricas han tenido una fuerte influencia en la diversidad de las soluciones dogmáticas por ellos sostenidas. Mientras, como hemos visto, ROXIN tomó como referencia el caso Eichmann, SCHROEDER hizo lo propio con el caso *Dohna*<sup>40</sup>. Sostuvo entonces que la actuación dentro de un aparato organizado de poder no constituía un caso de autor detrás del autor, y que la fungibilidad del autor inmediato no podía ser considerada como un elemento definitorio en estos casos, dado que el sujeto intercambiable podría negarse a cometer el delito<sup>41</sup>. “La intercambiabilidad – dice el autor - es sólo un medio para alcanzar el

---

<sup>38</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 270 *et seq.*

<sup>39</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Der Täter hinter der Täter*, 1965, p. 166 y ss.

<sup>40</sup> Confr. A. Graf zu Dohna, *Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3ª edición, 1929, caso nº 36. El caso conocido como “*caso de Dohna*” es el siguiente: “Zorro se entera de que miembros de una organización secreta, a la que ha traicionado, en una tarde determinada estarán al acecho en un lugar solitario por donde pasea habitualmente con el propósito de dispararle con un arma de fuego. En la decisión de la organización había tomado parte un tal *Lince* y *Tirador* se había ofrecido para la ejecución del hecho. *Lince* había abordado infructuosamente desde hacía tiempo a la señorita *Suave* con requerimientos amorosos, de lo que *Zorro* estaba informado. Entonces *Zorro* envió a *Lince* un telegrama suscrito con el nombre de *Suave*, citándolo en el lugar antes mencionado a la hora en la que *Tirador* tenía planeado ejecutar el hecho. *Lince* se presenta en el lugar indicado a la hora señalada y es alcanzado por una bala de *Tirador*. ¿Cómo se deben calificar las acciones de *Zorro*, de *Lince* y de *Tirador*?”.

<sup>41</sup> *Ibidem* p. 168. Implícitamente rechaza la obligatoriedad del cumplimiento de órdenes antijurídicas.



dominio del hecho, pero no el fundamento del mismo”<sup>42</sup>. Por otra parte, entiende que la responsabilidad del que emplea el aparato de poder surge de las propias normas sobre la orden militar, y que en muchos casos puede ser fundamentada como coautoría<sup>43</sup>. Admite que “de acuerdo con una difundida opinión no cabe apreciar la coautoría del que actúa en la fase preparatoria. Pero esta cuestión controvertida puede superarse porque en ciertos casos complejos y amplios que pueden ser llevados a cabo por una precisa organización, ésta ya constituye la fase preparatoria”<sup>44</sup>. Por lo que entonces, la emisión de la orden constituiría el comienzo de ejecución y no una actuación en la fase preparatoria. SCHROEDER entiende en definitiva que estos casos deben ser caracterizados como supuestos de autor detrás del autor *mediante la utilización de una persona ya decidida a la comisión del hecho*<sup>45</sup>. Por ende, el elemento decisivo de la autoría mediata del *hombre que obra detrás* consiste en el aprovechamiento de la decisión del que ya está decidido a actuar, independientemente de la acción de aquel<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Loc. cit.* p. 168 y ste.

<sup>44</sup> *Loc. cit.* p. 169. Como sostiene SEMINARA, en una situación “normal”, “la admisión de la calidad de coautor también para conductas de tipo preparatorio, colisiona con los presupuestos de la teoría del dominio del hecho”, cfr. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 135.

<sup>45</sup> *Loc. cit.* p. 146.

<sup>46</sup> *Loc. Cit.* p. 152 y 222.

#### IV

##### **Aplicación en el Derecho comparado y en el Derecho Penal Internacional de la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**

La teoría de ROXIN ha sido aplicada sobre todo en Alemania<sup>47</sup> y en nuestra América Latina, muchas veces propensa a importar soluciones (y problemas) de los países centrales. En Alemania, el *Bundesgerichtshof* recurrió a ella en el célebre caso de *los disparos mortales en el muro*, en el que fueron condenados como autores mediatos los líderes de la República Democrática Alemana<sup>48</sup>.

En América Latina, los dos casos más salientes en los que la teoría de ROXIN ha sido aplicada son el juicio a las Juntas de Comandantes por los crímenes contra la humanidad cometidos en la última dictadura militar en la Argentina (1976-1983)<sup>49</sup>, y el juicio al ex presidente del Perú, Alberto Fujimori, por el delito de homicidio calificado de veinticinco personas y lesiones graves sobre cuatro víctimas, en los sucesos cometidos en Barrios Altos (noviembre de 1991) y La Cantuta (julio de 1992), así como también por secuestro agravado en dos casos (abril y julio de 1992, casos de Sótanos del Servicio de

---

<sup>47</sup> Cfr., ROXIN, Claus, "Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", en ROXIN, Claus; WIDMAIER, Günther (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. IV, 2000, 177, p. 192 *et seq.*

<sup>48</sup> Bundesgerichtshof, 26 de julio de 1994, trad. inglesa en *JICJ*, 9 (2011)

<sup>49</sup> Causa 13/84, sentencia dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Más adelante, como se verá, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no adoptaría la teoría de ROXIN, cfr. CSJN Fallos 309:1689.

Inteligencia del Ejército)<sup>50</sup>. La teoría de los aparatos de poder organizados ha sido aplicada también en Chile y en España, y, como veremos luego, en el Derecho Penal Internacional. Nos detendremos ahora en el caso argentino.

#### - el juicio a las Juntas de Comandantes

En el caso del juicio a las Juntas, la Cámara Federal, siguiendo la teoría del dominio del hecho, se apoyó en el dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder para fundamentar la responsabilidad de los superiores, argumentando que, fueran o no responsables quienes habían realizado personalmente los hechos, los enjuiciados habían siempre mantenido el dominio sobre éstos y debían, por ende, responder como autores mediatos de los delitos cometidos. Para fundamentar esta decisión, la Cámara se apoyó en una disposición del Código de Justicia Militar entonces vigente (art. 514 CJM), que responsabilizaba a los superiores por los delitos que los subordinados hubieran cometido en cumplimiento de órdenes por ellos impartidas<sup>51</sup>.

Sin embargo, como señalara SANCINETTI, la Cámara hizo depender la punibilidad de los hechos de los superiores de la punibilidad

---

<sup>50</sup> AMBOS, Kai, Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el presidente peruano Alberto Fujimori, en AMBOS, Kai; MEINI, Iván (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima: Ara Editores, p. 45 *et seq.*

<sup>51</sup> Código de Justicia Militar, art. 514: *Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice del inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.* La Cámara sostuvo, de todos modos, que aunque se hubiera aplicado el Código Penal, la solución del caso habría sido la misma, puesto que la autoría mediata se encuentra recogida en el art. 45 *in fine* CP argentino (“[...] los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”).

de los hechos de los autores inmediatos, lo que en la práctica implicó su tratamiento como partícipes necesarios, manteniendo aplicable el principio de accesoriedad<sup>52</sup>. La punibilidad del autor mediato no depende del comienzo de ejecución del hecho del autor directo: los superiores comenzaban a ejecutar su hecho ya en el momento de dar la orden. Así, en la orden de torturar está abarcada, al menos con dolo eventual, la posibilidad de la muerte de la víctima<sup>53</sup>.

Con todo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver en la misma causa, no aplicó la teoría de ROXIN. En sus votos, los jueces Caballero y Belluscio sostuvieron que el superior debía ser considerado *partícipe necesario* de los hechos de los subordinados. Si bien la decisión se basó en cuestiones de derecho positivo interno, en el considerando 19 (causa 13/84) cuestionaron la admisibilidad de la autoría mediata en el caso de autor directo responsable.

#### **- la responsabilidad de las jerarquías medias**

Por su parte, la sentencia en la causa N° 44 (causa incoada en virtud del decreto 280/84 del PEN) estableció que “fuera de la autoría mediata adjudicada a los ex-Comandantes en Jefe, es posible que existan otros autores, también mediatos, a cuyo cargo estuvo la ejecución de los hechos”. De ese modo, atribuía responsabilidad a las jerarquías medias

---

<sup>52</sup> SANCINETTI, M., *cit.*, nota 2, p. 29 *et seq.*, p. 43 *et seq.*; SANCINETTI, Marcelo; FERRANTE, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 311 *et seq.*

<sup>53</sup> Cfr. MALARINO, Ezequiel, El caso argentino, en AMBOS, Kai, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2ª ed. revisada, Bogotá, Temis, 2008, p. 60.

sobre la parte de la organización a ellos subordinada. Esto se explicaba en que dichas jerarquías “colocaron sus facultades de mando al servicio de la ejecución, por parte de sus subordinados, de conductas ilícitas”. Por consiguiente, resultaba irrelevante que hubieran actuado por propia iniciativa o en interés y por encargo de sus superiores, ya que “lo decisivo para fundar su autoría es el hecho de haber guiado ilegítimamente la porción de la organización que se encontraba bajo su mando”.

#### **- los juicios por crímenes contra la humanidad en la actualidad**

Desde la reapertura de los juicios por crímenes contra la humanidad en la Argentina, la mayoría de las sentencias ha sostenido, con respecto a la responsabilidad de los superiores, la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder<sup>54</sup>, apoyándose en el art. 45 *in fine* del CP argentino y, en muchos casos, limitando la prueba del dominio de la organización a la constatación de la posición jerárquica del superior en la estructura militar o policial.

Aunque sin apartarse de la solución de la autoría mediata para la responsabilidad de los superiores, ha incorporado interesantes elementos el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (causas n° 1.261-1268, Olivera Róvere y otros), que analiza la situación de los imputados siguiendo las directrices propuestas

---

<sup>54</sup> Cfr. entre otros, CNCCF, Sala I, causa Nicolaidis; CNCCF, Sala I, causa Harguindeguy; TOFLP, causa Etchecolatz; T.O.C.F. Nro. 2, causas nros. 1696/1742, Bignone. Si bien el art. 45 CP prevé la misma pena para autores e instigadores la distinción es relevante con respecto al principio de la ejecución. Mientras que en los casos de autoría mediata la ejecución comienza con la determinación a obrar, en los casos de instigación el delito comenzará a ejecutarse con la acción del instigado o determinado.

por los juristas argentinos Marcelo SANCINETTI y Marcelo FERRANTE<sup>55</sup>, conforme las cuales interesan a este fin tres aspectos: 1) la *responsabilidad vertical*, o cómo debían responder los mandos superiores de las fuerzas por los hechos cometidos por sus subalternos (es decir, el objeto de nuestro estudio); 2) la *responsabilidad horizontal*, o bien qué responsabilidad le correspondía a los jefes de cada fuerza respecto de los hechos cometidos por las otras fuerzas; y 3) la *responsabilidad temporal*, es decir, si cada comandante debía o no responder por los hechos posteriores o anteriores a su propia comandancia. De cualquier manera, en lo que concierne a nuestra investigación, la mencionada sentencia estableció, para el caso de uno de los imputados que, habiendo pertenecido éste a una jerarquía intermedia, recibió las órdenes ilegales que componían el plan criminal orquestado por la Junta de Comandantes, “las retransmitió guardando para sí el control de su estricto cumplimiento y la potestad de cambiar al ejecutor directo en caso que éste no la acatara”, por lo que debía responder como autor mediato de los sucesos ejecutados por la estructura organizada de poder.

...

*Excursus.* En la doctrina argentina, SANCINETTI aplica la teoría subjetivista aunque con elementos afines a la teoría de la imputación objetiva. Según el autor, puesto que lo central en el análisis del ilícito es el aspecto subjetivo de la conducta (i. e. el dolo), es necesario preguntarse por la representación del autor en el momento de actuar, es decir, en el momento en que “el autor pierde una posibilidad razonable de

---

<sup>55</sup> V. SANCINETTI, M.; FERRANTE, M., cit., nota 34.

revocar el riesgo creado por él”. Conforme esta perspectiva, en lo que concierne a nuestro tema, el riesgo iniciado por el superior sería revocable en el lapso comprendido entre el momento en que dicha orden es impartida y un segundo momento en el que ya no puede revocarla sin que se cometa - por ejemplo - al menos una detención irregular. De este modo, lo que sería relevante para el Derecho penal es la conducta de **omitir evitar**, en el lapso en cuestión, que cada hecho concreto de los ejecutores se lleve a cabo. Y es relevante exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, puesto que en el segundo momento, el superior se representaba la probabilidad razonable de que los actos por él ordenados ocurrieran en forma inevitable, por lo que habría obrado, en ese momento, al menos con dolo eventual. La conducta del superior es escindida en estos dos momentos, el de dar la orden, acto único aunque complejo, y el de omitir revocar el riesgo creado por su orden, que implica tantas conductas como hechos del subordinado haya omitido evitar, dependiendo no de la cantidad de resultados evitados, sino de las instancias de evitación en las que el autor no cumplió con su deber de evitar, sin importar la cantidad de víctimas en cada instancia.

Esta interpretación aproxima al superior al momento de la ejecución, en la que le atribuye una función necesaria (la de no interrumpir el hecho con su intervención activa). A diferencia de otros delitos, que pueden ser llevados al fracaso también por los cómplices e inductores, por ejemplo, dando aviso a la policía, en los crímenes cometidos por el Estado a través de aparatos verticalizados - como las fuerzas armadas y de seguridad - la posibilidad de impedir el hecho

siempre está en manos de un superior. También deben responder por los excesos de sus subordinados, dado que tales excesos, en el marco de un plan criminal como el que llevó adelante la dictadura militar en la Argentina, eran absolutamente previsibles y por lo tanto se reúnen los elementos del dolo eventual. En el sistema de la Corte Penal Internacional esto no es así, ya que no es suficiente que el hombre de detrás haya podido prever lo que el hombre de delante podría hacer<sup>56</sup>.

Una argumentación similar encontramos ya en DE LARDIZÁBAL (S. XVIII), con respecto al “mandante” y al “mandatario”, que cuando ambos concurren libremente “tienen igual parte en el delito y por consiguiente deben sufrir la misma pena. El mandante pervierte el ánimo del mandatario, le induce eficazmente a hacer lo que no haría sin el mandato, y aunque no concurre físicamente a la ejecución, tiene tanta parte como si concurriera. *Aquél face el daño que lo mandan facer*, dice la regla 20. tit. 34. Part. 7. La muerte de Urías se imputa a David, que sólo la mandó ejecutar, como si la hubiese hecho por su mano: *Mataste con la espada a Urías Heteo*, le dice Natham, cuando le reprende en nombre de Dios. El mandatario es el instrumento con que se ejecuta el delito; pero no un instrumento muerto como el cuchillo, que sólo se mueve a la voluntad del que le dirige, sino un instrumento que los dialécticos llaman cooperativo, porque se mueve por sí mismo y concurre libremente a ejecutar la acción”. También se ocupó del exceso en la ejecución del mandato: “De lo dicho se infiere, que si el mandatario se excedió en la ejecución del mandato, como si habiéndole mandado que

---

<sup>56</sup> WEIGEND, Thomas, Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Concept, *JJC* 9 (2011), 91, p. 108.



hiriese a uno se propasó hasta matarle, esta muerte, aunque hecha contra la voluntad del mandante, deberá imputársele igualmente que al mandatario porque es verdadera causa de ella; pues no sólo debía saber que el mandatario podía exceder fácilmente los términos del mandato, sino que expresamente le exponía a ello, mandándole por otra parte una cosa ilícita. Pero si el mandante revocare en tiempo hábil el mandato, y no obstante lo ejecutare el mandatario, entonces sólo a éste se le deberá imputar el delito porque ya no se puede decir que el mandante es causa de él. Sin embargo, dicen algunos autores, a mi juicio con razón, que el mandante debe ser castigado con alguna pena extraordinaria, por haber pervertido el ánimo del mandatario y por el peligro que traen consigo semejantes mandatos, aunque después se revoquen. Por la misma razón, aunque no se ponga en práctica el mandato, deberá castigarse con alguna pena proporcionada, pues importa a la pública utilidad el impedir semejantes mandatos, la depravación que causan en el ánimo del mandatario, y el peligro que de aquí puede resultar a la sociedad.

...

En su sentencia por los crímenes contra la humanidad cometidos por el ex General Riveros (y otros) en el caso de Floreal Edgardo Avellaneda (y otros), dictada en agosto de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín, como veremos luego, se inclinó por la hipótesis de la coautoría de los imputados.

## - aplicación por parte de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc y de la Corte Penal Internacional

El art. 25 (3)(a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece:

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o **por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable**; [...]

La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional estableció algunos principios de interpretación para el art. 25 (3)(a) del ECPI, en particular en lo que respecta a la comisión “por conducto de otro”. Ya en su decisión en el caso *Lubanga*<sup>57</sup>, había establecido que:

*“principales de un crimen no son solamente aquellos que realizan físicamente los elementos objetivos del delito, sino también aquellos que, no obstante ausentes en la escena del crimen, planean o controlan su comisión en tanto que deciden si y cómo será cometido el delito”*<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Décision relative à la confirmation des charges, Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (Lubanga), 29 de enero de 2007 (*Lubanga*)

<sup>58</sup> *Lubanga, cit.*, nota 38, § 330: «La notion de contrôle exercé sur le crime constitue une troisième approche de la distinction à opérer entre les auteurs principaux du crime et les complices, et contrairement à ce que prétend la Défense, elle est appliquée dans de nombreux systèmes juridiques. Elle repose sur l'idée que les auteurs principaux d'un crime ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment». Cfr. *Le Procureur c. Gacumbitsi*, Opinion individuelle du juge Schomburg, 7 de julio de 2006, caso M° ICTR-2001-64-A, par. 16, nota 30. V. también, FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 639; WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, nota 354.

Más adelante, en su decisión sobre el caso *Katanga y Chui*<sup>59</sup>, la Corte Penal Internacional dio un paso más en su interpretación. Apoyándose en el citado artículo del Estatuto de Roma, que declara irrelevante el hecho de que la persona a través de la cual el delito es realizado actúe o no culpablemente, estableció la posibilidad de que el control sobre el *autor inmediato* sea ejercido a través del dominio de una organización:

*“...los casos más relevantes para el derecho penal internacional son aquellos en los cuales el autor detrás del autor comete el crimen a través de otro por medio del “control sobre una organización” (Organisationsherrschaft)”*<sup>60</sup>.

La Sala interpretó entonces que, puesto que los crímenes abarcados por el Estatuto de la CPI son crímenes de masa, el control de una organización está abarcado por las formas de perpetración previstas en el Estatuto<sup>61</sup>. La propia Sala, en la misma decisión, define los elementos requeridos para este tipo de organización: a) la organización debe estar basada en relaciones jerárquicas entre superiores y subordinados; b) la organización debe estar compuesta por suficientes subordinados en modo tal que se garantice que las órdenes de los superiores serán ejecutadas por uno u otro subordinado. Las órdenes del superior, entonces, son ejecutadas en forma “automática”: si un subordinado se niega a hacerlo, otro lo hará en su lugar<sup>62</sup>. Este es el

---

<sup>59</sup> Décision relative à la confirmation des charges, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), Chambre préliminaire I, 30 de septiembre de 2008 (*Germain Katanga et al.*)

<sup>60</sup> *Germain Katanga et al.*, § 498

<sup>61</sup> *Ibid.*, § 501

<sup>62</sup> *Ibid.*, § 512

concepto de *fungibilidad* que está en el centro de la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud aparatos organizados de poder.

Con respecto al principio de autonomía, la propia Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, a pesar de admitir la autoría mediata para los superiores, planteó la cuestión en su decisión en el caso *Katanga y Chui* en estos términos:

“Essentially, the possibility that a person may so control the will of another that he can be said to perpetrate a crime through that other, seems incompatible with a meaningful notion of that other as a fully responsible actor”<sup>63</sup>.

En cambio, los Tribunales penales internacionales *ad hoc* mayoritariamente se han inclinado por aplicar la doctrina de la *joint criminal enterprise*, para condenar a personas que no intervinieron en la ejecución del crimen<sup>64</sup>.

...

Se impone, sin embargo, analizar el sistema diferenciado de las formas de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional y responder a la pregunta de si es posible imaginar una alternativa mejor, desde el punto de vista sistemático.

---

<sup>63</sup> *Ibid.*6, § 499, nota 660.

<sup>64</sup> Cfr. lo resuelto por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en *Stakic* (IT-97-24-A), Appeals Chamber, 22 de marzo de 2006, (sobre la autoría indirecta en el derecho penal internacional, rechazando una combinación de autoría indirecta y coautoría sugerida por la Sala de Juicio en el mismo caso. Otro intento de introducir la autoría indirecta en el derecho penal internacional, en la disidencia del juez Schomburg, caso Simic (IT-95-9-A), Appeals Chamber, 28 de noviembre de 2006.

Los Estados que han firmado y ratificado el Estatuto de Roma no están obligados a adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos, las formas de atribución de responsabilidad previstas por la Corte Penal Internacional. STEWART<sup>65</sup> alerta sobre las deficiencias propias del recurso a innumerables formas de atribución de la responsabilidad, provenientes del derecho internacional consuetudinario. Ello lo lleva a proponer la adopción de una teoría unitaria de la autoría, que permita excluir todas estas cuestiones de los procesos penales.

Como es sabido, el principio de legalidad tiene una historia compleja en el derecho penal internacional, desde su identificación como un mero principio de justicia en los procesos de Núrnberg hasta las aplicaciones actuales que no siempre resguardan todos sus corolarios, empezando por el de la taxatividad<sup>66</sup>. En efecto, cuando es vaga la metodología para identificar estándares en la costumbre internacional, y no hay un “tope” respecto del número de modos de responsabilidad que pueden ser “descubiertos” en el derecho internacional consuetudinarios, el peligro es que la atribución de responsabilidad amenace la legalidad. Otro argumento, es que al no tener estas categorías de responsabilidad un significado unánime para las diversas jurisdicciones nacionales, el reproche comunicado por la justicia penal internacional podría ser poco preciso e incluso tener significaciones contrapuestas. Similares

---

<sup>65</sup> Cfr. STEWART, James G., The End of ‘Modes of Liability’ for International Crimes, en *Leiden Journal of International Law*, 2012, 25, pp.165-219.

<sup>66</sup> Cfr. VAN SCHAACK, B., Crime Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals, en *GLJ*, 2008, 97, p. 119.

problemas se plantean en la aplicación del principio de jurisdicción universal.

En este sentido, creemos que la utilización de un concepto unitario de las formas de autoría en materia de graves violaciones a los derechos humanos podría preservar mejor el principio de culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal internacional, poniendo fin a una larga serie de experimentaciones teóricas con los distintos modelos de atribución de la responsabilidad provenientes de los ordenamientos jurídicos nacionales, y trasladando estos debates al momento de definición de la pena.

En ocasiones, la ciencia penal avanza sin modificar su pétreo cuerpo de reglas, aun cuando éstas hayan dejado de acompañar a los principios que las pudieron haber sustentado antaño. Los tribunales internacionales, cuando tuvieron la oportunidad de innovar, optaron por tomar prestada doctrina históricamente contingente, de los sistemas nacionales, incluso cuando ponían en cuestión principios por ellos aceptados.

Como hemos visto, el derecho penal internacional en su fase actual, es proclive a la recepción de criterios de distinción entre autores y meros partícipes provenientes de la doctrina alemana.

## V

### **Responsabilidad del superior en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Responsabilidad por falta de control de sus subordinados**

El art. 28 del ECPI establece la responsabilidad del superior por la falta de control de sus subordinados. La ley argentina 26.200<sup>67</sup> no ha incorporado esta forma de responsabilidad a la legislación interna. Rechazamos que sea posible su aplicación directa en razón de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Ekmekdjian*<sup>68</sup>, porque aun cuando las disposiciones de los tratados internacionales sean lo suficientemente precisas como para justificar su aplicación directa al derecho interno, esto no es así respecto de las normas penales. Pues aun cuando los tratados internacionales sean considerados operativos y sus disposiciones fuente directa de derechos y obligaciones para lo particulares, siguiendo el criterio del fallo citado, a *contrario sensu*, existen otras normas internacionales que requieren de disposiciones de derecho interno para cobrar plena operatividad. El Estatuto de Roma es una de ellas<sup>69</sup>. Pero dado que se trataba de normas penales, en las que

---

<sup>67</sup> Sancionada el 13 de diciembre de 2006, publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 2007.

<sup>68</sup> CSJN, causa *Ekmekdjian*, considerando 20: “[...] cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”.

<sup>69</sup> Cfr. Laborías, Alexis R., Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma, en *Lecciones y Ensayos*, nro. 88, 2010, p. 43-81

por cierto se tipifican los delitos más graves de nuestro ordenamiento, una sana técnica legislativa hubiera evitado las dudas que la ley 26.200 plantea respecto de su constitucionalidad. Cada delito de competencia de la Corte Penal Internacional debió ser regulado en forma individual, ya fuera reiterando las disposiciones del Estatuto o efectuando las modificaciones que se considerasen necesarias. El texto de la ley 26.200, por el contrario, incluye una remisión implícita a las disposiciones del Estatuto de Roma, limitándose a establecer las penas aplicables. La responsabilidad del superior por la falta de vigilancia de sus subordinados, en tanto figura omisiva impropia, no es un delito incorporado a nuestra legislación hasta tanto una ley establezca la posición de garante.

La circunstancia de que los delitos cometidos por las organizaciones de poder, cuando asumen la forma de aparatos de represión estatal, constituyan por regla delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, permite preguntarnos si los problemas dogmáticos que se generan al operar en estos casos con las categorías tradicionales de la autoría y la participación requerirían reformular legislativamente las formas de la participación punible para alcanzar estas manifestaciones de “criminalidad colectiva”, en la terminología del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>70</sup>. Como se sostuvo al condenar a Adolf Eichmann, “a menudo el grado de

---

<sup>70</sup> Confr. Tribunal para la antigua Yugoslavia, S. de 15.7.1999 (causa *Tadic*, AC), § 191.



responsabilidad jurídico penal no disminuye con la creciente distancia respecto de la acción ejecutiva, sino que crece<sup>71</sup>.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece un sistema diferenciador de las formas de participación, abandonando la tendencia a un sistema unitario de autoría que caracterizó al derecho penal internacional anterior<sup>72</sup>.

El sistema de la autoría y la participación del Estatuto recoge las formas tradicionales de la participación criminal, y las completa, especificando tipos que, en realidad, no son sino formas de participación, características de estos delitos, descritas como delitos independientes.

El Estatuto ha establecido los tipos penales clásicos de la coautoría, la autoría mediata, la inducción y la proposición<sup>73</sup> (art. 25). La posición sistemática de la proposición (art. 25.3.b)) entre las formas de participación es errónea<sup>74</sup>. También prevé el Estatuto la complicidad y cualquier otra forma de cooperación (art. 25.3.c)).

El art. 25 a) del Estatuto establece la responsabilidad por la comisión de los delitos de competencia de la Corte ejecutados *con otro*,

---

<sup>71</sup> WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 397.

<sup>72</sup> Confr. AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª edición 2004, p. 543.

<sup>73</sup> Prevista en el art. 17.2 CP español, como una de las llamadas resoluciones manifestadas.

<sup>74</sup> Cfr. BACIGALUPO, *Autoría mediata*, cit., quien con cita a su maestro, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, 2ª edición 1977, p. 261 *et seq.* (283 *et seq.*) sostiene que “la proposición no es una forma de participación sino una resolución manifestada y, por lo tanto, constituye, en realidad, una anticipación de la punibilidad a los actos preparatorios de la comisión de alguno de los delitos de la competencia de la Corte”.

es decir en *coautoría*; o *mediante otro*, sea éste o no penalmente responsable, es decir, en la forma de *autoría mediata*; para el que *ordene, proponga o induzca* la comisión del crimen (art 25 3. b)). Como hemos visto antes, establece la figura del autor detrás del autor al prever que la responsabilidad del que comete el delito “por conducto de otro” no se excluye por el hecho de que el ejecutor directo sea totalmente responsable (art. 25.3.a)). Los cómplices, encubridores (el encubrimiento tampoco es una forma de participación) o colaboradores de cualquier modo (cómplices) en la comisión del delito, incluso suministrando los medios para su comisión (aclaración innecesaria), están previstos en el art. 25.3. c).

El art. 25.3. b) al establecer la responsabilidad individual como *autor* del que “*ordene, proponga o induzca*” la comisión de un crimen de la competencia de la Corte aclara que es indiferente que el delito sea consumado o quede en grado de tentativa. Este supuesto ha incorporado a nuestro ordenamiento, mediante la ley 26.200, un tipo de *peligro abstracto*, cuya punibilidad no requeriría del comienzo de la ejecución del delito por parte del ejecutor<sup>75</sup>.

En segundo lugar el art. 28 del Estatuto prevé (a) la responsabilidad de los jefes militares por los delitos cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo y, además, (b) la de todo superior respecto de los hechos de sus subordinados en relaciones de otra

---

<sup>75</sup> Distinta sería la cuestión en el Código Penal italiano, cuyo art. 115 (1) exige que el delito se cometa o que comience su ejecución, lo que suele ser entendido como una condición objetiva de punibilidad. Confr. *M. Romano/G. Grasso, Commentario sistematico del Codice Penale*, II, 3ª edición 2005, p. 237.

naturaleza distinta de la militar<sup>76</sup>, cuando la comisión del delito por los subordinados se haya visto favorecida “*en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas*” o sobre sus subordinados; este supuesto se designa como “*responsabilidad del superior*”<sup>77</sup>. Mediante esta disposición se establece la *posición de garante del superior* (militar o no) respecto de la fuente de peligros que son las personas a su cargo y se lo responsabiliza por la *omisión de impedir los delitos de sus subordinados*<sup>78</sup>.

Se trata de una disposición particularmente importante en la práctica, pues opera eficazmente en los casos en los que no haya sido posible probar en el proceso la orden dada por el superior, es decir: la acción típica causal, pero concurran los demás elementos de la responsabilidad por omisión. Esta forma de responsabilidad omisiva presupone, conforme a los criterios generales de los delitos de omisión, que el autor haya conocido, debido conocer o haya hecho caso omiso de información que indicase claramente que las fuerzas a su mando estaban cometiendo o se proponían cometer delitos de la competencia de la Corte (art. 28.a. i), ii)) y que, no obstante, no haya adoptado las medidas

---

<sup>76</sup> Recientemente se ha planteado la posibilidad dogmática de extender esta figura del derecho penal internacional al ámbito de la administración de empresas mercantiles en el marco de los deberes de *compliance*; confr. *D. Bock*, en *CCZ (Zeitschrift zur Haftungsvermeidung in Unternehmen)*, 5/2010, p. 161 y ss.

<sup>77</sup> La cuestión de si estos supuestos son conceptualmente independientes de los de autoría mediata del art. 25.3 del Estatuto se ha planteado en el caso “Bemba”, ex presidente de del grupo rebelde *Mouvement de Liberation du Congo (MLC)*; ver: *K. Ambos*, en *Revista Penal* n° 25/2010, p. 12 y ss.

<sup>78</sup> Así también *K. Ambos*, loc. cit. p. 666 y ss.; *G. Werle*, loc. cit. p. 178 y ss. [179, n° 467], que considera esta figura como situada entre la responsabilidad por omisión y las formas de participación.

necesarias para impedirlos. Mediante el tipo penal del art. 28 del Estatuto se pueden superar probablemente todos los problemas que podría presentar la autoría mediata cometida por omisión<sup>79</sup>.

También establece el Estatuto en el art. 33, bajo el título de la *responsabilidad de los subordinados ejecutores inmediatos del delito* que “quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal”. La disposición es, en principio, acertada. Sin embargo, en ese mismo artículo es excluida la punibilidad en los casos de (a) *obediencia legalmente debida*, (b) *error sobre la ilicitud de la orden*, salvo en los casos en los que *la orden “fuera manifiestamente ilícita”* (c). El carácter excluyente de la responsabilidad atribuido al cumplimiento de la orden es muy discutible político criminalmente. La técnica de las reglas del error es también defectuosa.

El reconocimiento como eximente de la obediencia legal de cumplir órdenes ilícitas es político-criminalmente criticable, porque permite a los propios jefes del aparato organizado de poder encubrir una amnistía anticipada a los ejecutores directos. Para limitar este efecto no deseable, la obediencia debida, una vez incluida entre las disposiciones del Estatuto como eximente, debería ser interpretada restrictivamente y sólo debería excluir la culpabilidad dentro de los límites propios del estado de necesidad. Es decir, sólo debería conducir a la no punibilidad cuando la consecuencia jurídica del incumplimiento

---

<sup>79</sup> Sobre este particular confr. U. Kindhäuser, StGB-Lehr- und Paxiskommentar, 3ª edición, 2006, §25, n° 38.

fuera extraordinariamente grave para el subordinado y, además, la lesión de derechos a terceros no afectara bienes especialmente relevantes, como la vida, la integridad corporal, la dignidad de la persona, la libertad o la libertad sexual. De lo contrario, con una norma como ésta los responsables de los disparos que mataron a fugitivos que intentaban escapar de la República Democrática Alemana hubieran debido quedar impunes<sup>80</sup>.

Los supuestos (b) y (c) del art. 33 contienen una única regla del error sobre la ilicitud de la orden. La norma es correcta, pero está defectuosamente redactada: lo que quieren decir los apartados b) y c) del art. 33, es que la ignorancia de la ilicitud puede excluir la responsabilidad, pero no puede ser alegada cuando la orden sea manifiestamente ilícita<sup>81</sup>.

Por otra parte, las reglas del error establecidas en el art. 32 del Estatuto deberían ser aplicables al caso del error sobre la licitud de la orden recibida<sup>82</sup>, dado que en el supuesto del error de derecho el Estatuto remite expresamente al art. 33. De acuerdo con ellas, en la versión en castellano, el error sobre los hechos y el error sobre el derecho podrán ser

---

<sup>80</sup> Sobre la sentencia del BGHSt de 3.11.1992 (EBGHSt 39[1994], p. 1 ss.), que condenó a un soldado y a un suboficial por cumplir órdenes basadas en el principio “matar al fugitivo es mejor que el éxito de la fuga”, ver *E. Bacigalupo*, loc. cit. en la nota 97.

<sup>81</sup> En el mismo sentido el CP austriaco, § 9.

<sup>82</sup> Confr. sobre el art. 32 del ECPI: *G. Werle*, loc. cit. p. 133 y ss.; *K. Ambos*, loc. cit. p. 807 y ss.

considerados eximentes “si hace[n] desaparecer el elemento de *intencionalidad* requerido por el crimen”. La referencia a la intencionalidad es confusa y puede ser objeto de diversas interpretaciones. Si se aplican los criterios dogmáticos reconocidos en el derecho penal español (art. 14 CP), argentino<sup>83</sup>, portugués (arts. 16 y 17 CP) o alemán (§ 17 DStGB), entre otros, el error sobre la ilicitud de la orden nunca excluirá la “intencionalidad”, entendiendo por tal la voluntad de realizar el hecho, y sólo eximirá de pena si es inevitable<sup>84</sup>. En el Estatuto no se ha tenido en cuenta que lo decisivo no es la intención del autor, sino el carácter evitable del error sobre la ilicitud. Según los derechos penales, alemán (§ 17 DStGB), austriaco (§ 9.2 AStGB), español (art.14.3) y francés (art. 122.3 CP), entre otros, el error de esta especie para ser eximente debe ser inevitable. Se trata de una regla que tiene una larga tradición y que debería ser recogida en la interpretación del art. 32.2 del Estatuto.

De todos modos, el art. 33.1.b) del Estatuto contiene una regla similar a la del §9.2 del Código Penal austriaco (AStGB), que, por lo tanto, no excluye la responsabilidad cuando se trata de errores de derecho (*Rechtsirrtum*) respecto de ilicitudes que cualquiera podría reconocer fácilmente, como son, obviamente, las de los crímenes incluidos en la

---

<sup>83</sup> Confr. E. Bacigalupo, *Tipo y Error*, 2ª edición, 2002, p. 69 y ss.

<sup>84</sup> Sin embargo este problema no se presentará cuando se aplique la versión inglesa o alemana del ECPI, pues en ellas no se habla de la intencionalidad. La versión inglesa dice : “(...) only if it negates the mental element required by the crime” y la alemana dice: “(...) wenn er die für die Verbrechenstatbestand erforderlichen subjektiven Tatbestandsmerkmale aufhebt”.<sup>9</sup>

competencia de la CPI y los delitos cometidos mediante el aparato del Estado.

Como se ve, la ignorancia de la ilicitud de la orden que no sea manifiestamente ilícita puede llegar a ser, según los principios del error que se apliquen, prácticamente irrelevante<sup>85</sup>. Esta restricción del ámbito del error es en básicamente correcta respecto de estos delitos, y en este sentido el art. 33.2 del ECPI establece acertadamente que “se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas” y, por lo tanto, excluye en tales casos la posibilidad de alegar error.

Del análisis precedente se infiere que no es aconsejable incluir eximentes específicas en el tipo penal del cumplimiento de órdenes constitutivas de delitos cometidos por los aparatos de poder represivo del Estado o ilegítimos. En esta materia deben operar las reglas generales del error, pero no se debe reconocer de ningún modo legitimidad a las normas que impongan la obligación de cumplir órdenes cuya ejecución constituya delitos graves contra las personas, la libertad, la libertad sexual, etc. Las reglas del Estatuto referentes a estas materias deberán ser interpretadas, consecuentemente, en forma restrictiva.

---

<sup>85</sup> Coincidentemente en los resultados, pero con otra argumentación: *G. Werle*, loc. cit. p. 136.

BACIGALUPO sostiene además que el criterio del § 9.2 del Código Penal austriaco y el art. 33.2 del ETPI, es aplicable incluso cuando no esté expresamente previsto en el derecho positivo<sup>86</sup>. Ambas disposiciones se basan en una norma tradicional de la teoría del error del derecho natural, ya conocida, por lo menos, desde mediados del siglo XVI<sup>87</sup>, según la cual éste *no* es relevante cuando versa sobre *crimina horribilis* o sobre delitos del derecho natural o sobre normas del núcleo central del derecho penal, según las diversas terminologías de los autores.

...

Las reglas tradicionales de la autoría y la participación deberían ser completadas por la introducción de nuevos tipos penales según el modelo del ECPI en lo concerniente a la responsabilidad individual de cada partícipe, de los que ordenen, propongan o induzcan la comisión del delito (art. 25 ECPI) y de los ejecutores, excluyendo, respecto de éstos, la eximente de obediencia debida que ahora prevé el art. 33.a) ECPI. Se debería introducir también un tipo penal que ponga bajo pena la omisión de los jefes y otros superiores de impedir la comisión de delitos de genocidio, de lesa humanidad, o crímenes de guerra, cometidos por sus subordinados, aunque los jefes no los hayan ordenado.

---

<sup>86</sup> Confr. WELZEL, *Vom irrenden Gewissen*, 1949; respecto del derecho austriaco: H. FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, AT, 6ª edición, p. 189, n° 24 y s.; respecto del derecho positivo alemán, que no prevé una norma semejante a la del § 9.2 del CP austriaco, ver: JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2ª edición 1991, p. 545, n° 7.

<sup>87</sup> SCHAFFSTEIN, Friederich, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930, p. 137.



## VI

### **Críticas a la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**

En cuanto a las críticas a la teoría del dominio del hecho, cabe destacar por su relevancia para el tema en examen, que algunos autores se interrogan sobre la **naturaleza factual o normativa del concepto de dominio del hecho**<sup>88</sup>. La teoría de ROXIN, que enfatiza la necesidad de control factual, se encontraría con el inconveniente de que el hecho de que alguien “domine” un evento no sería una cuestión que se pudiese responder por sí o por no, sino que se trataría de una cuestión de grado. De acuerdo con esta perspectiva, la distinción entre autoría y participación o responsabilidad accesoria encuentra su fundamento en que el dominio factual del hecho conduce a resultados impredecibles que dependen de la existencia de otros actores y del grado de su correspondiente dominio<sup>89</sup>.

Otras críticas. Horst Schröder consideró que la teoría del dominio del hecho había sido elaborada en forma unilateral sobre la noción de la autoría mediata, puesto que en ella la importancia del autor mediato era muy visible y, por ende, constituía sólo la imagen de una situación concreta, que requería una mayor determinación en los casos

---

<sup>88</sup> WEIGEND, Thomas, *cit.*, nota 37, p. 100.

<sup>89</sup> En esta línea, HAAS, V., *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 37-38; RADTKE, H., Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, en *GA* (2006) 350, p. 354-355.

particulares<sup>90</sup>.

Schmidhäuser lanzó una crítica que no sólo afecta a la teoría del dominio del hecho, sino a todas aquellas que intentan establecer una delimitación entre autoría y participación. Partiendo de un punto de vista análogo al de Roxin en lo concerniente a los conceptos de autor y partícipe, postuló que en los casos problemáticos “la búsqueda de la delimitación entre las posibilidades abstractamente dadas en relación al caso concreto revela la especie de los conceptos de los que aquí se trata. No se trata de *conceptos-definición* (que serían disponibles para la aplicación del derecho con elementos conceptuales de seguro funcionamiento para la subsunción), sino de conceptos empíricos, que sólo pueden ser aclarados fenomenológicamente y que en cada caso crítico tienen que ser nuevamente delimitados”<sup>91</sup>.

Sobre la base de estos presupuestos, Schmidhäuser distingue entre lo que denomina casos claros [*eindeutige Fälle*] y casos problemáticos. Mientras que los primeros pueden ser resueltos mediante el empleo de una definición nominal aproximativa, sin recurrir a una teoría (en los casos en los que la acción de una persona (o de una persona junto a otras) se presenta como un hecho propio; cuando el actuar se refiere a un hecho ajeno, se tratará de un delito de participación).

En los casos “menos visibles”, el principio de la delimitación entre autoría y participación debe realizarse mediante la *teoría de la*

---

<sup>90</sup> Schröder, H., en Schönke/Schröder, StGB, 17a ed., 1974, nota previa a § 25, n. 65 et seq.

<sup>91</sup> Schmidhäuser, AT, 2a ed., 1975, p. 574.

*totalidad: “[...] los cuestionables conceptos de autor y partícipe - donde el texto del tipo excluye claramente la autoría de un partícipe - sólo pueden, por lo tanto, ser diferenciados en la totalidad ejemplificada de todos los momentos objetivos y subjetivos del hecho correspondiente a un tipo de ilicitud. (...) Respecto de la cuestión de si en un caso concreto existe autoría y cuál de sus configuraciones, o si existe inducción o cooperación, es decisiva esta totalidad. Cuanto la totalidad se corresponde más claramente con la respectiva imagen de la autoría o de la participación, tanto menor será la necesidad de la fundamentación de su aceptación”<sup>92</sup>.*

La tesis expuesta, aunque nos resulta interesante el modo en que tiene en cuenta el momento empírico, indudablemente deja abierta la cuestión de la delimitación entre autoría y participación; no ofrece un criterio, sólo se limita a señalar que en la definición no debe tenerse en cuenta un momento aislado (como sería el dominio del hecho), sino la totalidad de los momentos del caso individual<sup>93</sup>. Sobre esta tesis, Thomas ROTSCH ha señalado que se aproxima a una disolución de las formas de participación propia del sistema unitario de autor<sup>94</sup>.

Otra crítica es formulada por el denominado *sistema racional final*. Siguiendo un camino iniciado por RUDOLPHI<sup>95</sup>, STEIN considera

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 575.

<sup>93</sup> Aunque no la compartimos plenamente, remitimos a la crítica de STEIN, U. Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 121 *et seq.*

<sup>94</sup> ROTSCH, Thomas, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009, p. 309 *et seq.*

<sup>95</sup> Rudolphi, H.-J., en Festschrift f. Jescheck, I, 1985, 559, p. 569 *et seq.*

que los fines del derecho penal constituyen un criterio orientador de las soluciones dogmáticas en un sistema abierto. Si la protección de los bienes jurídicos es el único fin legítimo de las normas de conducta, no constituyendo esta cuestión un problema específicamente penal, también las formas de participación se deben distinguir por el peligro de lesionar un objeto de protección jurídica: “[...] si la culpabilidad por el hecho del autor y del partícipe se diferenciara, la diferencia debería fundarse en la diversidad de las respectivas conductas prohibidas”. Por ende, la norma que prohíbe la inducción protege el mismo bien jurídico que también es objeto de protección de la norma que infringe el autor, sólo que a través de la prohibición de determinar a otro a la lesión del bien. Otro tanto ocurre con las normas que sancionan la complicidad o la cooperación, conductas que, sin embargo, se diferencian de la inducción en que ésta requiere la determinación del autor principal para imputar al inductor el resultado del hecho como co-causante, lo que permitiría admitir la tentativa de inducción<sup>96</sup>. La cooperación no requiere un resultado, por lo que cabría apreciarla ya cuando el cooperador supone, aunque sea erróneamente, que su contribución al hecho se concretará en el hecho principal.

JAKOBS, aunque sin renunciar a la teoría del dominio del hecho, como veremos luego, critica enfáticamente el contenido naturalista que le ha atribuido la doctrina, y lo define como “fundamento de la competencia del partícipe”<sup>97</sup>. Para evitar los problemas que ocasiona el caso

---

<sup>96</sup> Única forma de participación - en sentido estricto - punible en el CP alemán.

<sup>97</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht, AT*, 2a ed., 1991, p. 612, n.33.

excepcional - objeto de nuestro estudio - en que el ejecutor directo, no coaccionado, actúa en cumplimiento de las órdenes de otro pero también lo hace libremente y porque lo desea, fragmenta (desnaturaliza) el concepto de dominio del hecho en una serie de principios que se corresponden con las posibilidades de división de la tarea en el curso de una actividad delictiva. Distingue entonces el dominio del hecho mediante la ejecución típica (dominio formal relativo al dominio del hecho); el dominio del hecho mediante la decisión de “si” el hecho se cometerá (dominio material del hecho como dominio de la decisión); y, por último, el dominio del hecho por configuración del mismo (dominio material como dominio de la configuración del hecho). Como consecuencia, de estos tres fragmentos se derivan numerosas variantes a partir de las posibilidades de dominio y de la división de tareas. Para Jakobs, como volveremos a ver luego, la autoría se define por el dominio de, al menos, uno de los momentos o ámbitos de la configuración del hecho, de la decisión de la ejecución del hecho o de la ejecución del mismo. De modo tal que el aspecto fáctico del dominio ya no resulta relevante, sino como fundamento de una competencia total por el hecho. Cada uno de estos elementos es un acto de organización que fundamenta una “competencia por la totalidad”.

**Se trata de perspectivas que rechazan la teoría del dominio del hecho por la falta de fundamentos normativos, tanto de la teoría misma, como de su premisa, la acción, así como de sus subespecies. El rechazo de la teoría del dominio del hecho sobre la base de la finalidad común de todas las formas de participación (i. e. protección**

**de las normas), que por ende extiende la punibilidad a quienes no son propiamente autores, desemboca en un concepto unitario de autor.**

Más atendible nos parece, en cambio, su crítica al denominado *paradigma de la ejecución*, que sería consecuencia de una visión naturalista del dominio del hecho. Sin embargo, esto lo lleva un concepto unitario, pues afirma que la coautoría es “una participación cuantitativamente mayor” y que la participación (instigación y complicidad) es una coautoría menor.

Por su parte, FREUND llama la atención sobre el enriquecimiento del concepto de dominio del hecho con elementos subjetivos. Critica su sistematización en la acción, el resultado, la causalidad y/o la imputación objetiva: “¿el doloso ‘tener el suceso en las manos’ y ‘la dirección del suceso de acuerdo a un plan’ debería ser determinante sin considerar lo que el agente sabe?<sup>98</sup>. Sostiene, en definitiva, que la carencia fundamental del dominio del hecho como principio rector de la distinción entre autoría y participación es que no se ha logrado una convincente sistematización del mismo en el tipo.

...

---

<sup>98</sup> FREUND, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., p. 382 *et seq.*

En cuanto a la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder<sup>99</sup>, se cuestiona que ésta sea sólo aplicable a **organizaciones desvinculadas del derecho**, puesto que existen organizaciones basadas en la legalidad (como, en su momento, la DDR) que pueden ejercer una presión aún mayor sobre sus subordinados que la ejercida en el marco de otras organizaciones ilegales<sup>100</sup>.

Otra importante objeción, es que incluso el líder de una muy unida organización no tiene el **control suficiente sobre el hecho individual** de sus subordinados<sup>101</sup>. Se trata, evidentemente, de una deficiencia de la que adolece la teoría de los aparatos organizados de poder en su argumentación: la teoría sólo explica que el resultado final puede ser remitido a los superiores (por ejemplo, en el caso de los disparos en el muro, a las personas que instalaron ese régimen de

---

<sup>99</sup> AMBOS, Kai, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, *GA*, 1998, 226 *et seq.*, hay traducción castellana: *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho; el mismo, *Fundamentos de la imputación en derecho internacional penal*, México DF: Porrúa, 2009, p. 85 *et seq.*; AMBOS, Kai y GRAMMER, Cristoph, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann, en *RP*, España, No. 12, julio de 2003, p. 27 *et seq.*

<sup>100</sup> AMBOS; Kai, *GA* 5, 1998, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, en la traducción castellana de Manuel Cancio Meliá, p. 49; HERZBERG, R.D., *cit.*, nota 26, p. 36-37; SCHLÖSSER, J., *cit.*, nota 26, pp. 151-155.

<sup>101</sup> HAAS, V., *cit.*, nota 47, p. 56; OTTO, H., Täterschaft kraft Organisatorischen Machtapparates”, *Jura*, 2001, 753, p. 755-756; ROTSCH, Thomas, Anmerkung zu BGH Urt. v. 3.7.2003., 2004, *JR* (2004) 248, p. 249; ZACZYK, R., Die “Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate” und der BGH, *GA* (2006), 411, p. 414.

frontera<sup>102</sup>), lo que sin embargo no relaciona con claridad el dominio del superior con alguna acción criminal concreta. El criterio de la *fungibilidad* no basta para refutar que el dominio del superior recaería solamente sobre el resultado final, y no sobre el *si* y el *cómo* del hecho<sup>103</sup>.

Para dotar de mayor contenido al concepto de dominio a través de un aparato organizado de poder, ROXIN le incorporó criterios empíricos, que a su vez son objeto de ataques por la arbitrariedad con la que parecen haber sido seleccionados por el autor<sup>104</sup>. En efecto, en su formulación originaria la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder se basaba en tres elementos: poder de mando; funcionamiento de la organización fuera del ámbito del derecho (este punto fuertemente criticado por AMBOS y desechado por la propia jurisprudencia del BGH) y fungibilidad de los ejecutores

---

<sup>102</sup> ROTSCH, Thomas, Neues zur Organisationsherrschaft, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2005), 13, p. 16. En efecto, no puede afirmarse, con ROXIN, que el superior pueda tener absoluta seguridad sobre el acatamiento de una orden emitida a la organización que controla, ya que no tendrá nunca certeza acerca de cómo será concretamente ejecutada la misma. Cfr. ROXIN, Claus, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit en *ZiS* (2006), 293, p. 296-297 disponible on-line en [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com) (última visita 8 de marzo de 2012).

<sup>103</sup> De hecho, la única solución posible, dentro de esta teoría, consiste en equiparar el dominio del hecho al “dominio del resultado” (la certeza de que éste sí se producirá). Cfr. SCHÜNEMANN, Bernard, *cit.*, nota 25, § 25, nota 127; *idem*, Die Rechtsfigur des “Täters hinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, en HOYER, A.; MÜLLER, H. E.; PAWLIK, M; WOLTER, J., (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Munich: C.F. Müller, 2006, p. 411. Críticas en HERZBERG, *cit.*, nota 26, p. 37-38; RENZIKOWSKI, J., *Restriktive Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 87-89; ROTSCH, Thomas, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 326-331.

<sup>104</sup> WEIGEND, Thomas, *cit.*, nota 37, p. 101.



inmediatos. En 2007 *Roxin* introdujo un cuarto elemento: “la esencialmente elevada disposición al hecho del ejecutor”<sup>105</sup>.

Es legítimo preguntarse, entonces, si el concepto de “dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” no deba su éxito - y quizá su existencia - antes que a su consistencia teórica o sistemática, a cuestiones políticas, como bien sugiere Thomas WEIGEND<sup>106</sup>. Nosotros creemos que sí. Particularmente en el caso argentino, si bien la teoría de ROXIN no elimina ni atenúa la responsabilidad de los subordinados, lo cierto es que se apoya sobre el papel casi trivial que éstos tendrían en estos casos, cuando, en realidad, en la experiencia comparada v. gr. en los crímenes del nazismo o en los de la última dictadura argentina, ello no fue así.

La Cámara Federal aplicó la teoría de los aparatos organizados de poder para resolver una cuestión central de imputación que no tenía precedentes en nuestro país, e incluso en el considerando 30 de su sentencia indicó que las investigaciones debían continuar hacia los niveles inferiores de responsabilidad. Pero el gobierno democrático, ya desde tiempos de la campaña electoral, había trazado tres niveles de responsabilidad, y había decidido que sólo se perseguiría penalmente alas

---

<sup>105</sup> ZStrR 125 (2007),p. 1 y ss. (15), ZIS 11/2009, p. 567, con referencia a: *F.-Chr. Schroeder*, ver nota siguiente, *M. Heinrich*, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträger, 2002, *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, 2004 y *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004.

<sup>106</sup> *Ibid.*

altas jerarquías<sup>107</sup>. Esta intención quedó confirmada con la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final<sup>108</sup>.

Desde un punto de vista dogmático, la “solución simbólica”<sup>109</sup> planteada por el gobierno constitucional se apoyó en la presunción de la concurrencia de causas de exclusión de la culpabilidad, en particular, errores de prohibición, obediencia debida y estado de necesidad coactivo.

---

<sup>107</sup> Cfr. ALFONSÍN, Raúl R., *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 34-35: “En el tratamiento de esta delicada cuestión [las categorías de personas a quienes se haría responsables] existían tres diferentes alternativas y debíamos elegir una de ellas:

- El olvido, fuera mediante una ley de amnistía o a través de la inacción; vale decir, dejar pasar el tiempo hasta que el tema se agotara en sí mismo. Sabíamos que esta forma de tratar el problema era la que se había seguido casi siempre en la mayoría de los países del mundo, salvo, en parte, al final de la Segunda Guerra Mundial, y que no debía ser una opción válida para nosotros.
- El procesamiento de absolutamente todos los que pudieran resultar imputados. No existía ni existe ninguna nación, en ninguna parte del planeta, donde se haya aplicado. Al considerar esta opción también tuvimos en cuenta, más allá de las razones políticas, las de tipo jurídico y fáctico.
- La condena de los principales actores, por su responsabilidad de mando, para quebrar para siempre la norma no escrita, pero hasta ese momento vigente en nuestro país, de que el crimen de Estado quedara impune o fuera amnistiado.

Durante la campaña electoral de 1983 expuse clara y enfáticamente que este último era el camino que habíamos elegido. Íbamos a actuar aplicando el esquema de los tres niveles de responsabilidad para encarar el procesamiento de quienes estuvieran bajo acusación de haber violado los derechos humanos durante la dictadura: los que habían dado las órdenes, los que las habían cumplido en un clima de horror y coerción, los que se habían excedido en el cumplimiento.”

<sup>108</sup> Cfr. VERBITSKY, Horacio, *Civiles y militares. Memoria secreta de la transición*, Buenos Aires: Sudamericana, 2003, p. 33 *et seq.*

<sup>109</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *El Derecho penal en la transición de la dictadura a la democracia*, en *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 525 *et seq.*

La tripartición de autores propuesta por el gobierno diferenciaba tres niveles de responsabilidad:

- los militares que planearon y ordenaron las graves violaciones a los derechos humanos ejercidas en forma sistemática;
- los subordinados que en la fase ejecutiva del plan cometieron excesos por crueldad o ánimo de lucro; y,
- quienes solamente habían cumplido órdenes.

La impunidad de estos últimos se basaba no sólo en la obediencia debida, de por sí insuficiente para excluir la culpabilidad<sup>110</sup>, sino en la combinación de las causas de exclusión de la culpabilidad mencionadas. El error habría sido inducido por el aparato propagandístico del régimen, que en algún modo había consolidado la idea de la legitimidad de los métodos con los que se debía combatir al “enemigo subversivo”. Se procuraba fundamentar la impunidad de “quienes solamente habían cumplido órdenes” no sólo en el no merecimiento de la pena, sino también desde un punto de vista consecuencialista, puesto que se postulaba que era con estos militares que sería reconstruido el ejército de la democracia. En una especie de *ética de la responsabilidad* weberiana, con esta transición no negociada - a diferencia de la española o de la chilena - pero con un castigo limitado a las más altas jerarquías, se

---

<sup>110</sup> Por otra parte, se ha sostenido que en virtud del art. 652 del Código de Justicia Militar, vigente en aquel entonces, que establecía que “mientras subsista la rebelión, todos los militares que participen en ella quedan privados de la autoridad y prerrogativas inherentes a su grado”, dicha privación de la autoridad inherente al grado implicaba la falta de competencia administrativa para impartir órdenes que debieran ser obedecidas. Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., Análisis crítico del juicio a los ex Comandantes, en *Doctrina Penal*, Año 10, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 76.

procuraba asegurar una transición pacífica y, a la vez, reafirmar la vigencia del Estado de Derecho. La aplicación de la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es, en la Argentina, una rémora de los errores de los primeros años de la transición democrática.

A favor de la teoría de los aparatos organizados de poder, se esgrime que resultaría útil a la finalidad político-criminal de contrastar la criminalidad organizada, frente a la cual las categorías tradicionales aplicables al concurso de personas parecen insuficientes<sup>111</sup>. Así lo sostiene el BGH, que ya en su sentencia sobre el Consejo de Seguridad de la DDR anticipó el criterio que luego sostendría en otros casos: “también el problema de la responsabilidad de empresas se puede solucionar así”. Cabe destacar que esto va en contra del propio ROXIN, quien sostiene que no se puede fundar en estos casos la autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de la organización, puesto que faltan al menos tres de las cuatro condiciones requeridas: las empresas por lo general no trabajan desvinculadas del Derecho (no se proponen desde un principio la realización de actividades criminales); falta también la intercambiabilidad [*Austauschbarkeit*] de los que están dispuestos a cometer acciones criminales y tampoco se verificaría una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la

---

<sup>111</sup> Cfr. HEINE, G., *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*, 55 *JZ* (2000) 920; MARXEN, K., *Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht*, en LÜDERSSEN, K. (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. 3, Baden-Baden: Nomos, 1998, 220, p. 234-335.

empresa, por “el riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa”<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> ROXIN, Claus, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, en *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 7, 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 21.

## VII

### Hacia una conclusión

La pregunta que se plantea, entonces, es la siguiente: ¿por qué no imputar a los superiores como instigadores, en lugar de crear una nueva y compleja categoría? Frente a este planteo, ROXIN responde que los superiores cargan con una responsabilidad mucho mayor que la de meros instigadores, puesto que el subordinado dentro de una organización no puede desviarse sustancialmente de las órdenes que ha recibido. Añade su discípulo SCHÜNEMANN, que el superior no puede ser considerado instigador dado que no emite su orden al autor inmediato<sup>113</sup>. WEIGEND responde que si bien puede satisfacer nuestro sentido de “estética judicial” ver a Adolf Eichmann y a los grandes *boss* de la mafia condenados como autores, no existe necesidad doctrinal alguna de ello<sup>114</sup>, máxime cuando en casi todos los sistemas legales los instigadores pueden recibir el mismo monto de pena que los autores; como sucede también en el Derecho Penal Internacional, ya que los arts. 77 y 78 del

---

<sup>113</sup> SCHÜNEMANN, B., *cit.*, nota 51, p. 410

<sup>114</sup> Cfr. WEIGEND, *cit.*, nota 37, p. 102; VOGEL, J, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, *ZStW* 114, 2002, 403, p. 427, para quien la introducción de la figura del “autor detrás del autor” sólo conduce a una discusión infructífera sobre la distinción entre autoría e instigación.

Estatuto de Roma no establecen distinciones entre las formas de responsabilidad diferenciadas por el art. 25 (3)<sup>115</sup>.

Otra posibilidad, como lo resolvió la reciente jurisprudencia argentina que mencionábamos antes, es imputar a los superiores como coautores<sup>116</sup>.

Refiriéndose a la teoría de los aparatos de poder, Raúl ZAFFARONI sostiene que no se advierten “las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria”<sup>117</sup>.

...

---

<sup>115</sup> La regla 145 (1) (c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI establece, entre los factores a tener cuenta en la sentencia, el grado de participación del condenado. Ya el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia había establecido igual doctrina en el juicio Kupreškić (IT-95-16-T), Trial Chamber, 23 de octubre de 2001, § 852. Sobre la necesidad de individualizar el rol específico en el concurso de personas, cfr., entre otros, WERLE, Gerhard; BURGHARDT, B., *Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?*, en BLOY, R. *et al.* (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 849, p. 852; en contra, VOGEL, *cit.*, nota 61, p. 425.

<sup>116</sup> Cfr. HERZBERG, *cit.*, nota 26, p. 48-49; RENZIKOWSKI, *cit.*, nota 51, p. 89-90; ROTSCH, *cit.*, nota 51, p. 561-562, OTTO, *cit.*, nota 49, p. 758-759; entre otros.

<sup>117</sup> Cfr. ZAFFARONI *et al.*, p. 780, quien considera, además, que esta teoría devalúa la responsabilidad del autor directo. También críticos, por considerar inaplicable esta teoría a los casos en que el ejecutor es plenamente responsable, RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 386-7, FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 393; GARCÍA VITOR, Enrique, La Tesis del "Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje a Roxin*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba: Ed. La Lectura y Ed. Lerner, 2001, p. 346; según DONNA, además, es lesiva del principio de legalidad, *cit.*, nota 16, p. 71 *et seq.*

La hipótesis de la coautoría es también sostenida por JESCHECK, para quien la autoría mediata sólo es admisible cuando los ejecutores no puedan ser considerados autores plenamente responsables. Si lo son, el superior (la persona que ocupa la posición central de la organización) es coautor precisamente porque domina la organización. En cuanto al requisito del plan común, sostiene que se verifica a través de la conciencia del director del aparato y de los ejecutores de que un hecho determinado o varios de ellos de la misma clase deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección”<sup>118</sup>.

Frente a esta crítica Roxin se ha defendido argumentando que el hecho de que la persona “en el vértice” de la organización deje por completo la ejecución en manos del instrumento, que muchas veces actúa sin su conocimiento personal, se opone a la hipótesis de la coautoría, puesto que para el propio Jescheck ésta requiere la cooperación de los intervinientes, esto es, el carácter conjunto de la resolución del hecho y de la ejecución, extremos que no se dan en estos casos.

Jescheck replicaba sosteniendo que el carácter conjunto de la decisión del hecho se verificaba en la pertenencia a la institución. En rigor de verdad, la pertenencia a la organización puede, cuanto mucho, ser un indicio de aquiescencia, pero la resolución conjunta es mucho más. Quizás por eso Jescheck ha sostenido luego que “el carácter conjunto de la decisión del hecho se restablece con la conciencia del dirigente y del ejecutor de que un hecho concreto, o varios hechos del

---

<sup>118</sup> Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, trad. castellana de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed. corregida y ampliada, Granada: Comares, 2002., p. 722.



mismo género, han de realizarse siguiendo las instrucciones de la dirección”. Otto se aproxima a este punto de vista, con su afirmación de que el ejecutor “hace suyo concluyentemente el plan delictivo”. La discusión que subyace es, en definitiva, el momento y el modo en que el acuerdo de resolución criminal conjunta puede manifestarse.

...

JAKOBS defiende también la hipótesis de la coautoría, dado que cuando se presenta una planificación detallada sería posible un codominio de la ejecución del hecho. Apartándose de la teoría del dominio del hecho, funda la responsabilidad en la violación de roles sociales: entiende al dominio del hecho como responsabilidad jurídica y no como dominio real. Como consecuencia, fragmenta el ilícito en tres niveles: configuración, decisión y ejecución, bastando la intervención en uno de estos tres momentos para configurar la autoría. Los partícipes integrarían junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra sería la ejecución, que es, a causa de la división de tareas, **ejecución de todos**, siendo el **autor colectivo** que resulta de la agregación de los intervinientes quien tiene el dominio del hecho. No existiría para Jakobs un “dominio superior de cualidad propia”, sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son jurídicamente de igual rango. El profesor de Bonn - cuya influencia en la jurisprudencia del Tribunal Oral Federal en lo Criminal de San Martín fue reconocida no sólo en el texto

de sus sentencias<sup>119</sup> - reemplazan el criterio de resolución común a cometer el hecho, característico de la coautoría para la doctrina mayoritaria, por la idea de decisión de inserción [Einpassungsentschluß], pero nada de esto es suficiente pues basta con reconocer la posibilidad de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes. En este caso, la mera pertenencia del ejecutor directo a la organización criminal pondría en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden, acuerdo que de hecho se manifiesta tácitamente en la ejecución<sup>120</sup>: el ejecutor no actúa jurídicamente de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, responsablemente, lo que constituiría un acto opuesto a la idea de funcionamiento automático<sup>121</sup>.

JAKOBS ataca también la idea de fungibilidad, ya que según él, habría que considerar que los ejecutores no siempre son intercambiables

---

<sup>119</sup> Declaraciones de la presidente del Tribunal al diario Página/12: “Yo tomo bastante a un autor llamado Jacobs (*sic*), que critica a Roxin y dice que aunque no se actúe directamente, si yo en un plan diseño el marco y otros le ponen el relleno, son todos coautores. Porque en un plan sistemático hay marco y relleno: todos son necesarios para la concreción de los hechos. Entonces, son todos coautores”, en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/166954-53239-2011-04-25.html>, (último acceso 14 de marzo de 2012). La influencia teórica se remonta a Bacigalupo, cfr. Dominio del Hecho, Autoría Mediata y Derecho Penal Internacional, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el Congreso de Derecho Penal del Bicentenario el 25 de agosto de 2010, reelaborada y completada con notas para el Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Lascano, original gentileza del autor: AROCENA, Gustavo A., Reflexiones sobre la cuestión criminal, Córdoba: Lerner, 2011.

<sup>120</sup> AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, traducción castellana de Ezequiel Malarino, Bogotá: Temis, 2006, p. 232; también HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada: Comares, 1996, p. 266; *LK-ROXIN*, 1993, 25, nm.173; S/S CRAMER 1997, 25, Nm. 71, SK-SAMSON 1993, 25, nm. 126; en la doctrina española, DÍAZ Y CONLLEDO, Autoría, 1991, p.653.

<sup>121</sup> JAKOBS, Günther, Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates, en *NStZ* 1995, 26, p. 27.

en modo simultáneo, sino sucesivo. Como cuestiona AMBOS, esto nada de especial tiene en el ámbito de la participación<sup>122</sup>. Sin embargo JAKOBS también pone en duda que, por ejemplo, Eichmann o Fujimori hayan dispuesto verdaderamente de personas-instrumentos, sino más bien de personas corruptas decididas a actuar en la forma en la que lo hicieron, y que por lo tanto disponían del dominio del hecho tanto como sus superiores. Este argumento lo lleva a concluir que se trata de casos de coautoría, equivalentes a los supuestos que la antigua dogmática del siglo XIX denominara “iniciadores intelectuales” [*intellektuelle Urheber*], que para la dogmática moderna serían aquellos que actúan en forma separada respecto de la ejecución del hecho en la forma de coautoría o bien como “instigadores equivalentes a la autoría”. De modo que, de acuerdo con esta perspectiva, el iniciador intelectual puede llegar a ser coautor del iniciador físico, y ciertamente en modo alguno sólo por la utilización del aparato organizado de poder”. “Los grandes son grandes no sin los pequeños”, afirma JAKOBS<sup>123</sup>.

...

Siguiendo a JAKOBS y a JESCHECK, en la Argentina, Esteban RIGHI también sostiene la hipótesis de la coautoría, debido a que la autoría mediata desaparece cuando el hombre de adelante es un autor responsable. Esto es así, según el autor, porque hay codominio del

---

<sup>122</sup> AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad...* p. 26.

<sup>123</sup> JAKOBS, Günther, Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori, en *ZIS* 11/2009, p. 572 *et seq.*, hay traducción castellana, Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori, en AMBOS, Kai; Meini, Iván, *cit.*, 105, p. 111.

hecho, y porque existe una decisión criminal común porque ambos (superior y subordinado) pertenecen a la organización<sup>124</sup>.

...

BLOY<sup>125</sup>, quien adopta la solución de autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, afirma que cuando el comportamiento está coordinado en forma vertical, y el rol de las personas de detrás está sujeto a la comisión del hecho por mano ajena, no puede fundarse la coautoría. Afirma que se trata de supuestos de “injusto por organización”, por lo que sólo reconoce la limitación de la autoría mediata en virtud del principio de responsabilidad en el caso del injusto individual. Schmidhäuser también acepta la teoría de Roxin y, en particular, el criterio de la fungibilidad de los ejecutores, pero también reconoce esta hipótesis en el caso en que una víctima cayera en manos de hipotética muchedumbre - y no de una organización vertical - dispuesta a realizar el hecho.

...

BOCKELMANN sostiene la hipótesis de la *autoría simultánea*, pero lo cierto es que en una estructura jerárquica organizada no se manifiestan acciones inconexas de distintos cursos causales, sino acciones individuales fuertemente imbricadas.

...

---

<sup>124</sup> RIGHI, Esteban, *cit.*, nota, p. 387.

<sup>125</sup> GA, 1996, 440

HERZBERG ha abandonado la posición que sostenía hace algunas décadas<sup>126</sup>, para declarar en un congreso que “Hitler, Himmler y Honecker no perpetraron como autores las muertes que ordenaron, sino que las ocasionaron como inductores”<sup>127</sup>.

KÖHLER también sostiene la inducción, apoyándose en el principio de autonomía: “en tanto que se atiende a la fungibilidad del individuo en la organización del hecho en división del trabajo, ello nada altera en la responsabilidad concreta de ésta, no procurándole, por tanto, al sujeto de detrás posición de autor alguna”. Puesto que no se verifica el necesario déficit de comprensión en el autor inmediato sobre el que se basa la autoría mediata, y dado que la fungibilidad de éste dentro de una organización no afecta su responsabilidad, ni tampoco genera autoría del que obra por detrás, KÖHLER propone la instigación o inducción: “la irritación terminológica, que produce considerarlo un ‘mero’ inductor y no como autor, reside en un déficit de la doctrina dominante sobre la inducción. Un concepto consistente de ella, que se corresponda con la consecuencia jurídica legal (pena del autor), como determinación de la voluntad o como (co)autoría ‘intelectual’ elimina esa carencia de la opinión dominante”<sup>128</sup>. Y agrega: “Las criticadas descripciones naturalísticas de ‘dominio de la voluntad’, ‘dominio de la organización’, ‘autor detrás del autor’ puede conducir, por lo demás, al error de suponer una difusa ‘dirección intelectual’ como fundamento de la pena del autor,

---

<sup>126</sup> Cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 34 *et seq.*

<sup>127</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría*, p. 727. En igual sentido, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 510.

<sup>128</sup> KÖHLER, *AT*, p. 511.

sin que concurran los presupuestos de la inducción determinante de la voluntad”.

...

Buena parte de los argumentos JAKOBS en la materia, han sido desarrollados más tarde por FREUND, quien plantea reservas respecto de la posibilidad de explicar a través de la teoría del dominio del hecho la responsabilidad por autoría mediata del que da las órdenes a personas que obran dolosa y responsablemente. Para ello, parte del caso de los disparos desde el muro de Berlín<sup>129</sup>. El autor destaca que la decisión del BGH es básicamente correcta, pero señala que “este resultado no puede ser fundamentado con el reducido instrumental de argumentos de la teoría del dominio del hecho”<sup>130</sup>. “Si se toma en serio el criterio del dominio de la organización, habría que exponer en qué medida exactamente los miembros de la organización tienen que ser dominados a los efectos de dar por cumplidas las exigencias correspondientes. Sin embargo, no se trata de comprobar si ellos estaban bajo la presión de un mal sensible en el sentido del § 240 StGB [delito de coacciones] o si alguien estaba dispuesto a reemplazar al agente directo (idea de la ‘fungibilidad’). ¿Debería ser relevante que el soldado que disparaba en el muro haya obrado libremente, cumpliendo gustosamente con su servicio y sin temor a las represalias? ¿O debería ser importante si para la ejecución de un hecho delictivo sólo entra en consideración un determinado especialista que presta sus servicios durante años –

---

<sup>129</sup> BGHSt 40, 218.

<sup>130</sup> FREUND, *Strafrecht AT*, 2ª edición, 2009, p. 399 y *et seq.*

correspondientemente retribuidos - de la manera más satisfactoria y *voluntariamente*? En casos de esta especie ya no es posible afirmar que la conducta del agente inmediato esté de alguna manera ‘dominada’ y, por lo tanto, se requiere otro punto de apoyo para fundamentar la responsabilidad del hombre de atrás. Esto ya nos conduce más allá del *limitado horizonte* de la ‘*autoría mediata*’. También respecto del agente inmediato que obra en forma plenamente delictiva es posible sostener una responsabilidad como autor basada en la responsabilidad del círculo organizativo”<sup>131</sup>.

Los casos en los que el ejecutor - al menos - está predispuesto a hacer lo que le ordenan “tienen en común con los clásicos supuestos de autoría mediata únicamente que en ellos ‘participan’ diversas personas, de las cuales una lo hace de forma inmediata en la lesión del bien jurídico, pero la otra (también) es (especialmente) responsable por esta lesión del mismo bien jurídico. Para la valoración jurídica de la conducta inmediatamente lesiva de los ‘partícipes’, en todo caso no perceptible sensorialmente, no es necesario atender a si el otro ha sido utilizado como herramienta y a si su posición era subordinada. Esta subordinación sólo es característica de los casos típicos de la clásica autoría mediata. Lo decisivo es solamente si la imposición de un deber jurídico (*eine rechtliche Inpflichtnahme*) de evitar determinados peligros no sólo puede ser apoyada en el aspecto de la protección de bienes jurídicos, sino también en otro principio legitimante de la correspondiente especial responsabilidad (...). En estos casos sería mejor evitar el concepto de

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.400.

autoría mediata y utilizar el de *autoría lateral* (*Nebentäterschaft*) como una forma posible de realización del tipo”<sup>132</sup>. “La perspectiva expuesta, ampliada en relación a las limitadas posibilidades de fundamentación de la teoría de la autoría mediata, permite una adecuada valoración de los casos citados<sup>133</sup>, en los que personas dentro de organizaciones *estatales* o *no estatales* actúan lesionando bienes jurídicos como titulares de determinadas funciones o no impiden lesiones de bienes jurídicos. Para poner un ejemplo simple: es responsable como autor de la contaminación de las aguas (§§ 324 I, 13 StGB = art. 325 CP) el que como directivo responsable de una organización (*Betriebsleiter*) no impide que el encargado de eliminar de los residuos líquidos vierta restos químicos venenosos dejándolos desembocar en un río mediante la simple apertura de un filtro. Lo mismo vale para la conducta lesiva de bienes jurídicos de la personas apostadas para el *control de fronteras*, que actúan ejerciendo sus funciones en ese marco (no sólo ocasionalmente)<sup>134</sup>, y también para la conducta de los titulares de funciones dentro de organizaciones delictivas”<sup>135</sup>.

...

---

<sup>132</sup> Loc. cit. p.402 y ste. (subrayado en el original).

<sup>133</sup> Ver § 10 n° 90 y ss.

<sup>134</sup> En este sentido BGHSt 48,77 y ss. (autoría “mediata” por omisión).

<sup>135</sup> Loc. cit. p. 403.



La tesis de la autoría mediata de los mandos del aparato organizado de poder también ha sido criticada fuera de Alemania.

En España, HERNÁNDEZ PLASENCIA ha sostenido que “los dirigentes de los aparatos organizados de poder, que operan con personas fungibles para cometer delitos se asimilan en mayor medida a la figura de la complicidad o cooperación necesaria”, pues esos dirigentes sólo podrían tener un “dominio negativo del hecho”. Además, sostiene que “la calificación correcta de los miembros intermedios que van comunicando la orden es la de cómplices, excepto el último que se erige como inductor del hecho”<sup>136</sup>.

Esta tesis, sin embargo, no resulta aceptable, puesto que no se puede estimar como complicidad la acción de dar una orden *sin la que el hecho no se hubiera cometido*. Por otra parte, la atenuación (obligatoria) de la pena prevista para el cómplice en el CP español (art. 63) y en el CP argentino (art.46) a la que esta tesis conduce, carece de fundamento en el caso del que da la orden. Tampoco se justifica en estos casos prescindir de la *inducción en cadena* y sólo considerar inductor al último de los miembros intermedios de la comunicación de la orden. Sin perjuicio de todo ello, sería necesario explicar qué se entiende por “dominio negativo” del hecho<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, p.276.

<sup>137</sup> Críticamente sobre la tesis de HERNÁNDEZ PLASENCIA, también: BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, p. 360 y ss. Se inclina por la inducción o la cooperación necesaria M. DÍAZ Y G<sup>a</sup> CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991, p. 647, aunque, como señala BACIGALUPO (*Dominio del hecho*, cit.) parece contradecirse en la pág. 649, donde, aprecia autoría mediata.

RENIKOWSKI<sup>138</sup> tampoco rechaza el dominio del hecho del superior, aunque lo considera irrelevante: “el sujeto de detrás posee, bien es verdad, la posibilidad garantizada por el aparato de realizar sus planes al margen de quién sea el ejecutor. Esta posibilidad, sin embargo, no puede suplir la falta de dominio fáctico en el caso concreto, a menos que se quiera echar por tierra el fundamento de la teoría del dominio del hecho en su totalidad”. Este autor como objeta, con respecto al dominio del aparato, que las acciones hipotéticas de terceros no deben ser tenidas en cuenta en Derecho. A este argumento, que es indudablemente cierto respecto del punto de vista de la causalidad, aunque discutible en materia de imputación, Roxin responde que el funcionamiento del aparato de poder es una realidad y no una mera hipótesis: “cuando Hitler o Stalin ordenaron matar a sus opositores, ello fue obra suya (si bien no sólo obra suya). Decir que no son autores de sus delitos, sino que se limitaron a inducir a otros, contradice los adecuados principios de la imputación social, histórica e incluso jurídica en concepto de autor”<sup>139</sup>.

...

Por otra parte, de acuerdo con el concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción que sostiene SANCINETTI, resultaría innecesaria la discusión sobre si el hecho del superior constituye un supuesto de autoría mediata o de coautoría, puesto que “si el autor es mediato, en el sentido de que domina el aparato de poder sin intervenir

---

<sup>138</sup> Cfr. RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 87 *et seq.*

<sup>139</sup> ROXIN, *Autoría*, p. 728.

en la 'ejecución', y, concurrentemente, deja en manos de otros la organización de la realización del hecho, como autores directos, entre éstos y aquél hay propiamente una coautoría, porque con su aporte, cada uno domina la correalización del hecho, aunque 'pierden el control' en tiempos distintos". Se trataría de una forma de coautoría vertical (en desnivel, con autores mediatos y directos), por oposición al caso corriente de la coautoría horizontal (al mismo nivel)<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 2ª reimp., Buenos Aires: Hammurabi, p. 714.

## VIII

### **La hipótesis de la coautoría y sus posibilidades de aplicación para el caso argentino**

El 24 de marzo de 1976 tuvo lugar en la República Argentina el último de los golpes de estado que caracterizaron cincuenta y tres años de vida institucional. Desde 1930 la Argentina había vivido un largo período de inestabilidad institucional, que había comenzado con el derrocamiento del Presidente Hipólito Yrigoyen el 6 de septiembre de 1930. El denominado “Proceso de Reorganización Nacional” no sería una intervención militar más en la vida institucional de nuestro país, ya que se presentaría desde el inicio como un régimen mesiánico tendente a realizar profundas transformaciones en la sociedad argentina, especialmente en el campo económico. Y aunque pocos pudieron advertirlo desde el inicio, se convertiría en la dictadura más sangrienta en la historia de nuestro país y del Cono sur. A pocas horas de producido el golpe comenzaron las detenciones: obreros, delegados sindicales, militantes políticos (peronistas y de izquierda), estudiantes, intelectuales, artistas, abogados, amas de casa, fueron arrancados de sus hogares y de sus lugares de trabajo por los “grupos de tareas” militares y de las fuerzas de seguridad. Muchos de ellos fueron “blanqueados” o “legalizados”, puestos “a disposición del Poder Ejecutivo Nacional” en cárceles comunes, otros, varios miles, fueron torturados y asesinados en los centros clandestinos de detención que funcionaban en todo el territorio del país.

Con el retorno de la democracia, el Poder Ejecutivo decidió promover el enjuiciamiento de los máximos responsables. En su sentencia en la causa 13/84 (juicio a las Juntas de Comandantes) la Cámara Federal sostuvo que *"[...] los comandantes **establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física"***.

En la causa 44 también se afirmó que se había otorgado a los cuadros inferiores de las fuerzas una **gran discrecionalidad para privar de libertad** a quienes aparecieran como vinculados a la subversión, que se dispuso que a los capturados se los interrogara bajo tormentos, que se sometiera a los detenidos a regímenes de vida inhumanos, y que **se concedió a los cuadros inferiores gran libertad para disponer el destino final de cada víctima** (eliminación física, puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o la libertad).

En la causa "Menéndez" se sostuvo: *"[...] no cabe duda de que lo acontecido fue producto de un **plan estratégico** ideado desde las filas militares superiores; que **a los fines de su aplicación, cada fuerza***

*conservó el comando efectivo y exclusivo de su sector, con variantes de tácticas y modos pero siempre dentro de una uniformidad en el accionar represivo como consecuencia natural del sistema adoptado".* En esa sentencia se sostuvo también que para analizar el grado de participación en los delitos atribuidos a los acusados, cabía señalar que los imputados estaban todos incluidos dentro de la organización de un **plan sistemático integral criminal** que, **amparado por los mecanismos estatales**, tenía como objetivo la eliminación de los opositores políticos. Se afirmó también que la represión ilegal estuvo caracterizada - entre otros aspectos - por la **discrecionalidad y libertad otorgada a los jefes de zona para organizar la represión en la zona bajo su mando**, como así también por la **libertad dada al personal inferior en sus distintas jerarquías y grados** y que, más allá de la tarea específica que cada uno cumplió, todos los acusados **efectuaron los aportes que formaban los tramos del plan, de tal manera que sin ese aporte los hechos no hubieran podido llevarse a cabo según estaba diseñado.** De esta manera sus intervenciones llevaban a afirmar que eran **coautores por dominio de la acción en la ejecución del plan.**

Pues bien, ¿cómo fundamentar positivamente la coautoría o, en su caso, la instigación? Está fuera de discusión la existencia de responsabilidad penal, se trata de determinar cuál de las dos formas de participación - ambas posibles para la legislación argentina - es la más apropiada.

Si nos atenemos a la jurisprudencia más reciente e innovadora, que recurre a Jakobs, debemos recordar que para el profesor de Bonn

tiene el *dominio de la decisión*, como explicáramos antes, quien dispone de un aparato de poder, en una organización caracterizada por la *división del trabajo* entre mandos y organizadores, por un lado, y ejecutores, por el otro. En ese contexto, el ejecutor inmediato del hecho ordenado por el superior, tiene, a su vez, el dominio de su propia acción, y es plenamente responsable de la misma, por lo que ambos dominios son organizativamente necesarios para la comisión del hecho. Como consecuencia, la calificación más correcta de esta forma de participación (como lo sostuvo el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de San Martín, No.1) sería la de *coautoría* (o ejecución conjunta), en la que quien da la orden lo hace para que su decisión sea ejecutada por otro. En estos casos, empleando incluso una terminología más tradicional, se podría decir que ambos partícipes, el que ordena y el que ejecuta, tendrán el *dominio funcional* de una parte esencial del hecho, lo que los convierte en coautores, pues “cada coautor tiene que ejercer una función en la realización del hecho, que sea esencial para el éxito del plan delictivo”<sup>141</sup>. En igual sentido, sostiene BACIGALUPO<sup>142</sup> que sin la orden el hecho no se hubiera ejecutado, y que el que da la orden a quien la cumple con plena responsabilidad actúa conjuntamente con éste<sup>143</sup>. Contra este punto de vista se puede sostener que la coautoría requiere una “comisión conjunta” del hecho y que ésta no se da en los casos en análisis, pues quien da las órdenes no toma parte en la ejecución

---

<sup>141</sup> ROXIN, en *Leipziger Kommentar*, 10ª edición, 1985, § 25, n° 108.

<sup>142</sup> BACIGALUPO, *Autoría mediata*, cit.

<sup>143</sup> Cfr. también, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, cit., 1991, pág. 713

(“paradigma de la ejecución”), sino en la preparación, por regla no punible. Esta “comisión conjunta” es exigida expresamente por el § 25 del StGB. Pero, lo cierto es que el Código Penal argentino no menciona el requisito de la “comisión conjunta”. El Código Penal argentino no hace ninguna referencia a la coautoría; sólo equipara a los que “tomasen parte en la ejecución del hecho” con los que “prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales [el hecho] no habría podido cometerse”<sup>144</sup>.

En los casos que estamos tratando no se presenta el problema de la licitud de la acción preparatoria del que da la orden. Las órdenes de las que aquí se trata son *per se* ilícitas: son órdenes de matar, de torturar, de secuestrar etc. Por esta razón es posible dejar en estos casos de lado el problema general de la fundamentación de la ilicitud de la orden y de la culpabilidad del autor por ese hecho, toda vez que el que da la orden (de matar, secuestrar, privar de libertad, torturar, etc.) ya contribuye a configurar el hecho de una manera característicamente delictiva, es decir ilícita y culpable<sup>145</sup>. Estos casos se diferencian de otros en los que la acción del que contribuye antes de la ejecución es socialmente adecuada: el que vende el arma en una armería, el farmacéutico que en su farmacia proporciona el medicamento que se utilizará como veneno en alta dosis, etc. En estos supuestos el que realiza la acción socialmente adecuada no hace un aporte característicamente delictivo.

---

<sup>144</sup> Confr. en relación al CP argentino: BACIGALUPO, La noción de autor en el Código Penal, 1965, pág. 51: “no toda participación en la ejecución es autoría o coautoría”; 53: “tomar parte en la ejecución no es decisivo para la autoría”.

<sup>145</sup> Cfr. JAKOBS, *Mittäterscahft als Beteiligung*, cit., pág. 10 y *et seq.*



Tampoco es del todo correcto excluir la instigación, sobre la base de que quien da la orden no ha creado el dolo en el autor directo como requiere la instigación, porque el ejecutor ya habría estado decidido a cometer el hecho cuando se lo hubiesen ordenado. En verdad, esa decisión general, anterior a la recepción de la orden, no configura todavía el dolo del hecho concreto que debe haber creado el instigador en el autor directo. El dolo no es de apreciar hasta que el autor no tenga conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y, por lo tanto, es difícil afirmar su existencia cuando el autor todavía no sabe a quién debe matar, torturar o privar de su libertad. Los elementos de la instigación de los delitos ordenados, por ende, pueden darse también en el que da la orden.

...

A la luz de estos antecedentes, considerar en el caso argentino, como lo hace un precedente jurisprudencial reciente<sup>146</sup>, del año 2009, autores mediatos de los delitos ejecutados por sus subordinados a los Comandantes en Jefe que ordenaron ejecutar el plan de exterminio de las Juntas Militares, pero, por el contrario, como coautores de los delitos que ordenaban cometer a los jefes militares que dirigían las zonas y áreas en

---

<sup>146</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín, sentencia del 12.8.2009, en las causas 2005 y 2044.

los que era ejecutado el plan criminal aprobado por los comandantes<sup>147</sup>, no es explicable sino por el propósito de respetar un precedente judicial estabilizado desde la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal de la Capital de 1985. En realidad, la admisión de la coautoría en la sentencia del Tribunal Oral Federal de San Martín implica un apartamiento definitivo de la tesis de la autoría mediata en estos casos y rectifica el punto de vista de la sentencia de 1985.

En la causa “Riveros”, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín sostuvo que, a diferencia de los Comandantes en Jefe, que fueron **autores mediatos**, en razón de haber puesto en marcha la estructura de poder y diseñado el plan, “quienes dirigían la zona y el área son co-autores directos por co-dominio de la acción, al efectivizarse el Plan a través de los Comandos de cada zona, diseñando y llevando a cabo las acciones con libertad y de acuerdo a las características de cada una de las zonas”. De acuerdo con el tribunal, es preciso entonces delimitar entre autoría mediata y coautoría según los niveles de jerarquía, diferenciando entre el vértice de la organización y los funcionarios que - aunque de alto rango - están situados por debajo de éste. De este modo, sólo el vértice de la organización - en nuestro caso, bajo la forma de *junta* (Junta de Comandantes en Jefe o el Comando en Jefe del Ejército) - podría haber ejercitado un dominio absoluto *por medio de y sobre* el

---

<sup>147</sup> Confr. Sentencias de la Cámara Federal de la Capital en el caso “*Olivera Róvere*” y del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Federal San Martín, citada en la nota anterior.

aparato organizado de poder que de él dependía. Por otra parte, el tribunal añade que este vértice “representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales”<sup>148</sup>, con lo que parece asumir, sin saberlo, los presupuestos de la teoría de MURMANN<sup>149</sup> sobre la modificación de la relación con la víctima por parte del Estado. Conforme el autor, la víctima no sólo es lesionada por el ejecutor inmediato, sino también - y principalmente - por un ejercicio antijurídico del poder por parte del Estado. El ejecutor inmediato es quien transmite y concreta la instrucción lesiva y antijurídica del Estado, instrucción que implica una modificación de la relación con la víctima, un desplazamiento hacia lo injusto. Por medio de esta compleja construcción, MURMANN pretende resolver la cuestión de la libertad del ejecutor inmediato, pero lo cierto es que no se puede sostener que la instrucción que el autor inmediato recibe por parte del Estado, *a priori* y en forma automática, lo prive de la libertad de acción.

Entonces, según el punto de vista del tribunal, un funcionario de nivel alto o medio, que podría haber visto impedido su poder de mando sobre los ejecutores por decisión de sus superiores, no puede haber tenido “dominio por organización”, hipótesis que sólo podría fundamentarse respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, “cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquéllos que dominan y gobiernan sin perturbación alguna,

---

<sup>148</sup> La cita del tribunal corresponde a AMBOS, Kai, *cit.*, nota 67, p. 231.

<sup>149</sup> MURMANN, Uwe, *Tatherrschaft und Weisungsmacht*, GA, 1996, 269, p. 273.

esto es así respecto del vértice de la organización, es decir quienes fueron condenados en la causa 13”.

En sentido contrario, AMBOS sostiene que los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí a un nivel de conducción, poseen dominio de la organización *dentro* del aparato respecto de *sus* subordinados. Ellos no dominan todo el aparato, sino una *parte* de éste<sup>150</sup>.

El tribunal concluye respecto de los imputados, jerarquías altas y medias, que “su dependencia del vértice de la organización parece hablar a favor de una *coautoría* fundada en la división funcional del trabajo”, puesto que “sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido llevar adelante el plan”. Finalmente sostiene que “dominio funcional del hecho significa un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el autor de escritorio planea, prepara y ordena la comisión del hecho, y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida”. Por ello no resulta claro por qué, si se verifica esta división de tareas, atribuye a los comandantes la autoría mediata y a las jerarquías que están por debajo del vértice del Estado la coautoría de los crímenes

---

<sup>150</sup> Es muy importante destacar que tanto la dependencia del vértice, como la división funcional del trabajo, y, en general, el dominio del hecho, son cuestiones fácticas que deben evaluarse en cada caso concreto.

contra la humanidad cometidos<sup>151</sup>, a menos que se adhiera a un criterio diferenciador como el sostenido por MURMANN.

---

<sup>151</sup> Sobre el reconocimiento de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización, también respecto de personas situadas por debajo del vértice del Estado, en la jurisprudencia alemana, cfr. BGHSt. 42, 65, *NJW* 1996, 2042. En igual sentido, FARALDO CABANA, para quien debe ser considerado autor mediato quien, en el marco de una organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando independiente. Cfr. FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 204 *et seq.* Crítico de este punto de vista, VEST, Hans, *Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?*, *ZStW* 113, 2001, p. 493 *et seq.*

## IX

### **Conclusiones. Imposibilidad de sostener un criterio de aplicación general para el tipo de casos en análisis e imputación del superior en el caso argentino.**

La teoría dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder se basa en un determinado *tipo ideal* de organización, en el más puro sentido weberiano del concepto. Distintos autores han dotado a este tipo ideal de características o requisitos para su verificación empírica, no pocas veces forzando interpretaciones de los hechos. Con razón se critica a ROXIN la arbitrariedad de la elección de elementos empíricos para su teoría. Es que parece improbable que se pueda llegar a un acuerdo sobre estos factores incluso dentro de una misma tradición jurídica, como lo demuestra la diversa aplicación que el BGH hace de la teoría de los aparatos organizados de poder. Como sostiene WEIGEND<sup>152</sup>, aun cuando fuéramos capaces de identificar un tipo ideal de organización tan fuertemente controlada por sus superiores que se pudiera fácilmente imputar a éstos como autores, tendríamos que reconocer que no todos los aspectos de la actividad de un miembro del grupo son controlados de igual modo, por lo que finalmente terminaríamos preguntándonos, en cada caso, si un hecho criminal en particular está cubierto o no por el nivel de control organizacional requerido para atribuir responsabilidad principal a los superiores jerárquicos.

---

<sup>152</sup> Cfr. WEIGEND, Thomas, *cit.*, nota 37, p. 104

La propia Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional se vio obligada a incluir un ulterior elemento empírico para fundamentar, en un caso concreto, el control de los miembros de la organización por parte de los superiores: los denominados “métodos rigurosos de entrenamiento”<sup>153</sup>.

Compartimos la intuición de que los superiores jerárquicos no pueden ser considerados meros partícipes de los hechos de sus subordinados. Pero sobre esta intuición no puede edificarse ninguna teoría jurídica que impida lo contrario. La complejidad de la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, junto con las críticas de otros autores, las teorías a las que ha dado lugar, y las correcciones efectuadas por su creador, son la mejor prueba de que crea más problemas de los que resuelve. Si bien la dogmática jurídico-penal tiene como objetivo el dotar de seguridad y previsibilidad a la aplicación del Derecho, este importante objetivo no se logra mejor por medio de una teoría excesivamente compleja, que aún enfrenta innumerables críticas y presenta demasiadas versiones y variantes.

Esto no implica descartar la valiosa teoría de ROXIN, que aún hoy ofrece un enorme potencial hermenéutico, sino muy por el contrario, sostener que el punto de partida para el análisis de la responsabilidad de

---

<sup>153</sup> Cfr. *Germain Katanga et al., supra*, nota 40, § 518. Este elemento fue introducido, sin lugar a dudas, frente a la dificultad de adaptar la teoría de Roxin al caso particular. Como respuesta, se identificó un factor del hecho, destacándolo arbitrariamente por sobre tantos otros, lo que inexorablemente implica deformar la interpretación de estos mismos hechos, empleando el método del caricaturista. Una crítica sobre esta interpretación, también en VAN DER WILT, H. G., *The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility*, JICJ, No. 7, 2009, 307, p. 312.

los superiores por los hechos de los subordinados - como para el de cualquier otra cuestión - consiste en reconocer que es el método el que debe adecuarse al objeto y no viceversa.

La teoría del dominio por aparatos organizados de poder no ha conseguido explicar hasta el momento cómo puede imputarse la autoría mediata al superior por los hechos cometidos con plena responsabilidad y libertad por parte de su subordinado.

Si la respuesta es la *fungibilidad*, hemos señalado que este criterio no confiere al superior más que un alto grado de seguridad de que su orden se acatará, lo que en modo alguno puede ser suficiente para sostener el dominio del hecho.

El criterio de la *fungibilidad*, a su vez, entra en crisis en los niveles altos y medios de las jerarquías, puesto que sus miembros no sólo acatan órdenes de sus superiores, sino que también las imparten a sus subordinados, por lo que se daría la curiosa situación en la que tendrían dominio de la organización (al menos, de la parte de la organización a su cargo), al mismo tiempo que serían instrumentos fungibles en un marco de responsabilidad más amplio.

Tampoco nos parece la mejor de las soluciones aquella a la que arribara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín, puesto que aplica un concepto de dominio del hecho que se sustrae de todo dato óptico de la conducta de los partícipes. Se ha asumido, quizás sin quererlo, una posición idealista que reconstruye el viejo concepto



extensivo de autor<sup>154</sup>. Su incorporación a nuestra jurisprudencia resulta mucho más peligrosa que la aplicación de la teoría del dominio por aparatos organizados de poder, ya que podría dar lugar a que en casos ordinarios se puniera al partícipe por su propia acción, sin que fuera necesario el comienzo de ejecución por parte del autor.

...

Por lo expuesto hasta aquí, consideramos que no resulta posible aplicar un único criterio de atribución de responsabilidad al superior por los hechos de sus subordinados, dado que en cada caso en particular pueden verificarse elementos que justifiquen su calificación como autores mediatos, coautores o como partícipes necesarios. Consideramos que en el caso argentino el superior jerárquico - militar o político - debe responder por los hechos cometidos en forma directa por sus subordinados con específicas formas de participación<sup>155</sup>, en lo siguientes supuestos:

- cuando el subordinado no hubiera podido conocer la ilicitud de la orden (por actuar conforme a derecho teniendo el deber de actuar ante una circunstancia que se le presenta como cierta; por error sobre circunstancias de hecho de una causa de justificación; o por error de prohibición en sentido estricto (art. 34 CP argentino), el superior deberá responder como autor mediato del delito. Será autor mediato entonces,

---

<sup>154</sup> ZAFFARONI *et al.*, *cit.* nota 18, 777.

<sup>155</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique, La aplicación del Derecho interno en los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas, en *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 546.

cuando se aproveche del error ya existente o bien cuando hubiera contribuido a provocarlo, por ejemplo, por medio de la legitimación pública o institucional del accionar represivo y de sus métodos. Siendo pocas las posibilidades de que el subordinado pueda contramotivarse, el superior tiene dominio del hecho (lo “ejecuta *finalistamente*”<sup>156</sup>) sobre la base de su decisión, por medio de la acción de un sujeto, el subordinado, que actúa como un instrumento en sus manos.

- el superior, siempre que en el caso conserve el dominio del hecho, es **coautor** de los delitos cometidos por el subordinado que siguiera sus órdenes, es decir, cuando el subordinado es autor del mismo delito<sup>157</sup>. La hipótesis de la instigación queda descartada por la estructura vertical de la organización, que confiere al superior una altísima seguridad de que su orden será ejecutada<sup>158</sup>, y porque con frecuencia no tiene contacto directo con el ejecutor. La autoría mediata es excluida pues el subordinado no actúa como un mero instrumento, sino que comete el mismo delito que el superior. La elaboración de un plan sistemático, la provisión de los medios necesarios para llevarlo a la práctica, el aseguramiento de la cobertura estatal, o bien, de la impunidad de los hechos ordenados, el amplio margen de libertad y

---

<sup>156</sup> BOCKELMANN, Paul, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrech, cit., nota 8, p. 76.

<sup>157</sup> Cfr. Jäger, Herbert, *Verbrechen ünter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982, p. 166, Jakobs, p. 783; Jeschek-Weigend, cit., nota 65, p. 671; Hernández Plasencia, cit., nota 67, p. 276; Fierro, G., Teoría de la participación criminal, cit, nota 64, p. 393.

<sup>158</sup> La fungibilidad de los subordinados, i. e., el hecho de que ante la negativa de uno de ellos a acatar la orden del superior éste pueda ser fácilmente reemplazado por otro, no implica que su aporte no sea necesario.

discrecionalidad conferido a los subordinados para la concreción de los mismos, son algunos de los factores que sustentan la hipótesis de una coautoría en la que se verifica una división funcional de tareas, que comienza en el vértice de la organización e involucra a todas sus partes.

...

El estudio de esta cuestión nos ha permitido comprobar que cuando el jurista se enfrenta con un texto legal, éste es objeto de estudio y, a la vez, de definición por parte de la dogmática. Esto no implica negarle *cientificidad* a nuestra disciplina, sino muy por el contrario, reafirmar que, en honor a su carácter científico, la dogmática jurídica no puede prescindir de los datos de la realidad, del contacto con el momento empírico. Es en este punto en el que el saber de los juristas se reconcilia con el método de la ciencia moderna, sin por ello dejar de ser un método de interpretación apoyado en la tradición humanista<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005, p. 47.

## X

### Addenda

#### *Autoría y participación en el Derecho Penal Europeo*

El CPIF (Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas<sup>160</sup>) emplea una técnica normativa diferenciadora, en la que se recoge la distinción entre autor, inductor y cómplice (art. 1-3) y la responsabilidad penal de los jefes de empresa (art.3). En este último caso, la armonización ha sido sólo aparente ya que el CPIF limita la responsabilidad del jefe de la empresa por referencia a “los principios definidos por el Derecho interno”, por lo que más que armonización se trataría de una asimilación que podría dejar impunes directores y responsables de empresa cuando así lo disponga el ordenamiento nacional en cuestión:

*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, tal como*

---

<sup>160</sup> El objetivo principal del Convenio es garantizar una mayor compatibilidad entre las disposiciones penales de los Estados miembros mediante la creación de unas normas penales mínimas, a fin de que la lucha para combatir el fraude que perjudique los intereses financieros de las Comunidades Europeas resulte más eficaz y disuasoria, así como para reforzar la cooperación en materia penal entre los Estados. La protección de los intereses financieros de la Comunidad por parte de los Estados miembros no se lleva a cabo de manera uniforme. Algunos países, incluso antes de la codificación del principio de asimilación, protegían los ingresos de la Comunidad mediante cláusulas legales expresas, que asimilaban los ingresos comunitarios a los ingresos financieros nacionales; en otros Estados miembros, en cambio, los delitos de fraude podían quedar impunes por falta de previsión normativa.

*figuran en el artículo 1, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa.*

Todo parece indicar que la única alternativa a las actuales disfuncionalidades que se derivan de la diversidad de regulaciones penales nacionales, sea avanzar por el camino de la armonización penal, filosofía que inspiró la realización del *Corpus Iuris*.

*El Corpus Iuris está constituido por dos partes: Derecho penal y Procedimiento penal. Cada una de estas partes contiene una serie de principios y reglas, junto a una parte dispositiva. Esas reglas, “obedecen a los principios rectores ya pertenecientes a la tradición jurídica europea común, tal y como se ha elaborado en el curso de la historia y como, por otra parte, la consagran los principios fundamentales de derecho comunitario interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TiCE) y el Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (CEDH)”*

En materia de autoría y participación, el *Corpus Iuris* opta por una técnica diversificada, y esto se ha justificado en que dicha técnica es la más frecuente en los países de la Unión, en su regulación vigente así

como en su tradición jurídica<sup>161</sup>. En el art. 12 regula la responsabilidad penal individual y las formas de participación:

Todo individuo podrá ser declarado responsable de las infracciones definidas con anterioridad (art. 1 a 8) en concepto de autor, inductor o cómplice:

a) será autor de la infracción el que comete los hechos incriminados o el que participe, como coautor, en la comisión de la infracción;

b) será inductor de la infracción el que, por dádiva, promesa, amenaza, orden abuso de autoridad o de poder hubiera cometido la infracción o dado las instrucciones para cometerla;

c) será cómplice de la infracción, el que a sabiendas, por la ayuda o cooperación, haya facilitado la preparación o la consumación.

La definición de autor que proporciona el *Corpus Iuris*

El *Corpus Iuris* sigue en buena medida al sistema francés, con la salvedad de que incluye la figura del coautor, vinculada también a la comisión del hecho, como en el CP alemán. No se contempla, al menos en forma expresa, la figura del autor mediato, que sin embargo es recogida por buena parte de los ordenamientos de los Estados miembros.

Se recoge la figura de la inducción, aunque no se indica que le corresponda la misma pena que al autor, como en el sistema español,

---

<sup>161</sup> En el comentario al artículo se afirma que “*la diferenciación entre autor, inductor y cómplice responde, en materia penal, a la tradición histórica de Europa y a la gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales*” y - “(...) el seguimiento aquí del principio de diferenciación entre la figura del autor, del inductor y la del cómplice, se debe fundamentalmente a la evidencia de que la responsabilidad penal no se encuentra limitada a aquellos casos en los que el delito se realiza de propia mano. Si bien es cierto que la pluralidad de la figura de autor (autor directo, indirecto, coautor) corresponde a la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, las definiciones elegidas para los diferentes partícipes en la infracción se inspiran sobre todo en los Códigos penales alemán y francés.

alemán o argentino. Si bien la caracterización de las formas de inducción parece inspirarse en la del Código penal francés, a diferencia de éste, no las considera como formas de complicidad, sino como figuras intermedias entre el autor y el cómplice.

No se incluye la diferenciación entre cooperador “necesario” y “no necesario”, reservando la consideración del grado de participación a la determinación de la pena.

## **CÓDIGO PENAL ARGENTINO**

Art. 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

## **ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Art. 25 ECPI. Responsabilidad penal individual.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las



personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

#### Artículo 27 ECPI. Improcedencia del cargo oficial.

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

#### Artículo 28 ECPI. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
  - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
  - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a, el superior será penalmente responsable por los crímenes de competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo,

en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

## BIBLIOGRAFÍA

ALFONSÍN, Raúl, Memoria Política. Transición a la democracia y derechos humanos, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

AMBOS, Kai, Zur "rechtlichen" Struktur der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien. Ein Kommentar aus juristischer Sicht, en Nolte: Nolte (ed.), Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika, Frankfurt am Main, 1996.

-, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2002 (originalmente publicado en Goldammer's Archiv, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, (GA) 4/1998, pp. 226-245).

- Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis: From Nuremberg to The Hague, en McDonald, Gabrielle; Swaak-Goldman, Olivia (eds.), Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts. Volume I, Commentary. The Hague, 2000, p. 1-31.

-, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin, 2002.

-, Impunidad y Derecho Penal Internacional, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

-, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Dictamen sobre la siguiente cuestión jurídica: ¿Deben ser considerados los por entonces integrantes de la Junta Militar argentina como autores mediatos del asesinato de Elisabeth Käsemann cometido por las fuerzas de seguridad argentinas?, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 16, Buenos Aires, 2003, p. 163 y ss., también en Revista Penal 12, 2003, p. 27 y ss.

- The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus, *J Int Criminal Justice* (2011) 9(1): 137-158 doi: 10.1093/jicj/mqq059

AMBOS, Kai (coord.) et al., *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2ª edición, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (ed(s).), *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003.

AMELUNG, Knut, Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona, en Silva Sánchez, J. M.; Schünemann, B.; De Figueiredo Dias (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1995. p. 323 y ss.

Andreozzi, Gabriele (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Buenos Aires: Atuel, 2011.

ARZT, G., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK)*, Hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Russ, Günther Willems; 10. Aufl., 1.-24. Lieferung, Berlin 1978; *Besprechung in JZ* 1981 (36. Jg.), 412-414.

BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires, 1965.

-, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho Penal*, en *PJ*, nº31, 1993, p. 31 y ss.

-, *Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación*, en *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 457.

-, *Sobre el fundamento de la coautoría*, en *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 475.

-, Dominio del hecho, autoría mediata y derecho penal internacional, Ponencia presentada en el Congreso de Derecho penal del Bicentenario, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2010, gentileza del autor.

BACIGALUPO, Silvina, Autoría y participación en los delitos de infracción de deber, 2007.

BINDING, Karl, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Verursacher und der Gehilfe, en GA, 1908, p. 71 y ss.

BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, Problemas básicos de la participación y de la autoría en el código penal argentino, en “Ponencias”, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1971.

BLOY, René, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

-, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, en GA 1996, p. 424.

BOCKELMANN, Paul, Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen: Schwartz, 1957.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4a ed., Munich, 1987.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Madrid, 1995.

BOLEA BARDÓN, Carolina, Autoría mediata en derecho penal, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BOSCARELLI, Marco, Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato, Padova, 1958.

BOTTKE, Wilfried, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, Heidelberg, 1992 (hay

traducción castellana, Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho Penal en la Comunidad Europea, en Silva Sánchez, J. M.; Schönemann, B.; De Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1995, p. 309 y ss.

BRAUM, Stefan, La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario, en AA.VV., La insostenible situación del Derecho Penal, Granada: Comares, 2000, p. 3 y ss.

CAMAIONI, Salvatore, Il concorso di persone nel reato, Milano: Giuffrè, 2009.

CEREZO MIR, José, Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Wissenschaft, en Fest. f. Welzel, Berlin, 1974, p. 635.

Cornacchia, Luigi, Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano: Giuffrè Editore, 2009.

DELL'ANDRO, Renato, La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale, Milano, 1956.

DENCKER, Friedrich, Kausalität und Gesamttat, Berlin, 1996.

-, Beteiligung ohne Täter, en Prittwitz, Cornelius et al. (comp.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, 2002, p. 525-537.

DERKSEN, Roland, Heimliche Untertstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, en GA, 1993, p. 163 y ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en derecho penal, Barcelona: PPU, 1991.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal, en El sistema de responsabilidad en el

nuevo código penal, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

DONINI, Massimo, La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, RIDPP, 1984, p. 196 y ss.

- Teoria del reato, Padova: CEDAM, 1996.

-, La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato «mediante il diritto penale», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Anno XXXIX, N. 1, Giugno 2009, il Mulino, 2009.

DONNA, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998.

ENGISCH, Karl, Zur "Natur der Sache" im Strafrecht, en *Fest. f. Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 90 y ss.

FARALDO CABANA, Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho Penal?, Granada: Comares, 1999.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada: Comares, 2006.

FERRÉ OLIVÉ, J. C.; ANARTE BORALLÓ, J., Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en *Delincuencia organizada*, Huelva, 1999, p. 191 y ss.

FIERRO, Guillermo H., Teoría de la participación criminal, Buenos Aires, 1964.

FRISCH, Wolfgang, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, 1988.

FLETCHER, George P., New Court, Old Dogmatik, en *J Int Criminal Justice* (2011) 9(1): 179-190 doi:10.1093/jicj/mqq080

GALLAS, W., Anmerkung zu RG 71, 193, en *ZakDR*, 1937, p. 438. y ss.

-, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en el Derecho Penal*, Madrid, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), en *ADPCP*, 1984, p. 103 y ss.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer delito*, Valencia, 1995.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Autoría única inmdia, autoría mediata y co-autoría*, Madrid, 1994.

GRECO, Rogério, *Concurso de Pessoas*, Belo Horizonte, 2000.

HAAS, Volker, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligunglehre*, Duncker & Humblot, 2008.

-, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, en *ZStW* 119, p. 519 y ss., 2007.

HEINE, en Arnold; Burkhardt; Groppe; Koch (eds.), *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, p. 51

-, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995.

-, *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*, *JZ* 2000, pp. 920-926.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996.

HERZBERG, Rolf Dietrich, *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, en *GA*, 1971, p. 1 y ss.



- , Täterschaft und Teilnahme, Munich, 1977.

- , en Jura 1990, p. 16.

- , Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Amelung, Knut (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, Der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinsheim, 2000, pp. 33-61.

HILGERS, Benno Maria, Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter, Freiburg im Breisgau, 2000.

HRUSCHKA, Joachim, Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, en ZStW, 1998, p. 581 y ss.

INSOLERA, Problemi di struttura nel concorso di persone nel reato, Milano, 1986.

JÄGER, Herbert, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, p. 73, 1963.

- , Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967.

JAKOBS, Günther, Strafrecht AT, 2ª edición, 1991.

- , Strafrecht AT (Studiensausgabe), 2ª ed., 1993.

- , en GA, 1994, p. 1.

- , en NStZ 1995, p. 26.

- , La imputación objetiva en derecho penal, Bogotá, 1995.

- , La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva, Bogotá, 1996.

- , La imputación penal de la acción y de la omisión, Bogotá, 1996.

- , Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional, Bogotá, 1996.

- , Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates, en NStZ 1997, p. 26 y ss.

- , El ocaso del dominio del hecho

- , Problemas capitales del derecho penal moderno, Buenos Aires, 1998.

- , La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación, en Revista de Ciencias Penales, 2000, 6, p. 87 y ss.

- , Mittäterschaft als Beteiligung

- , Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori, en ZIS 11/2009, p. 572 y ss.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, L'orientation moderne des notion d'auteur et de participation à l'infraction, en Revue International de Droit Pénal, 1957, (hay versión castellana, La orientación moderna de las nociones de autor en la infracción y de participación en la infracción, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, nros. 90/91, Santa Fe, 1957.

KAUFMANN, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959.

KÖHLER, Michael, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin, 1997.

KOHLRAUSCH, Täterschuld und Teilnehmerschuld, en Bumke-Festschrift, 1939, p. 39 y ss.

KOHLRAUSCH; LANGE, StGB, 43a ed., 1961.

KRACK, Ralf, Das Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft, en ZStW, 1998, p. 611.

KÜPER, George, Der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, en ZStW, 105, 1993, p. 295 y ss.

GRÜNWARD, G., Die Beteiligung durch Unterlassen, en GA, 1959, p. 110 y ss.

LANGE, Richard, Beteiligter und Teilnehmer, en Fest. f. Maurach, Karlsruhe, 1972, p. 235 y ss.

-, Zur Teilnahme an unvorsätzliche Haupttat, en JZ, 1959, p. 560 y ss.

-, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele, I principii del concorso di persone nel reato, Napoli, 1964 (hay traducción castellana de Tozzini, Carlos, El concurso de personas en el delito, Buenos Aires, 1967).

LESCH, Heiko, Das Problem sukzessiven Beihilf, 1992.

-, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der Objektiven Zurechnung, en ZStW, 105, 1993, p. 271.

-, Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, 1995.

LESS, Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann, 1987

-, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, en ZStW, 69, 1957, p. 43 y ss.

-, Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmässig handelt?, en JZ, 1951, p. 550 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Autoría y Participación, Madrid, 1996.

LÜDERSEN, K., Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967.

-, Der Staat geth unter das Unrecht bleibt?, Frankfurt am Main, 1992.

-, La figura del tipo del partícipe, en CDJP, III-7. 1997, p. 145 y ss.

FERNÁNDEZ, Alberto; PASTORIZA, Luis, Autoría y participación criminal, Buenos Aires, 1987.

MANACORDA, Stefano (ed.), *Imputazione Collettiva e Responsabilità Personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino: Giappichelli, 2008.

MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal, *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?*, *J Int Criminal Justice* (2011) 9(1): 159-178 doi:10.1093/jicj/mqq074

MAQUEDA Abreu, María Luisa, *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid, 1992.

MAURACH, R., *Los problemas de la autoría*, en *DPC*, 14, 1966.

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967.

-, *Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft*, en *Rittler-Fest.*, Aalen, 1957, p. 243 y ss.

MEYER, Maria K., *Tatbegriff und Teilnehmerdelikt*, en *GA*, 1979, p. 252 y ss.

Monaco, L., *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, en *Problemi generali di diritto penale*, a cura di G. Vassalli, 1982, p. 119 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”?*, en *Revista Penal*, n°6, 2000, p. 104.

MUÑOZ CONDE, Francisco; OLÁSULO, Héctor, *The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain*, *J Int Criminal Justice* (2011) 9(1): 113-135 doi: 10.1093/jicj/mqq076

OLÁSOLO ALONSO, Héctor, Corte Penal Internacional ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

-, The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes (Studies in International and Comparative Criminal Law), Hart Publishing, 2010.

OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehren, 5° ed., Berlin, 1996.

-, Anstiftung und Beihilfe, en JuS, 1982, p. 557 y ss.

PADOVANI, Tullio, Le ipotesi speciali di concorso nel reato, Milano, 1973.

PAGLIARO, Antonio, La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto, Milano: Giuffrè, 1966.

-, Il reato (Grosso, C.F.; Padovani, T.; Pagliaro, A., Trattato di Diritto Penale, II), Milano: Giuffrè, 2007.

PECORARO-ALBANI, Antonio, Il concorso di persone nel reato, Milano, 1957.

PEDRAZZI, Cesare, Il concorso di persone nel reato, Palermo, 1951.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, La participación en el delito y el principio de accesoriadad, Madrid, 1990.

Périès, Gabriel; Servenay, David, Una guerra negra. Investigación sobre los orígenes del genocidio ruandés (1959-1994), trad. de María Cecilia Fariña, Juan Manuel Spinelli y Mónica Cristina Padró, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2011. (Une guerre noir. Enquete sur les origins du génocide rwandais 1959-1994, Paris: La Découverte, 2007).

PIERANGELLI, José Henrique, Escritos jurídico-penais, Sao Paulo, 1999.

PUPPE, Ingeborg, Der Objektive Tatbestand der Anstiftung, en GA, 1984, p. 101 y ss.

RANIERI, S., Il concorso di più persone in un reato, Milano, 1952.

ROTSCH, Thomas, Tatherrschaft durch Organisationsherrschaft?, en ZStW, 112, 2000, 3, p. 518-562.

-, „Neutrale Beihilfe“. Zur Fallbearbeitung im Gutachten, JURA 2004, p. 14-21.

-, Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, p. 13-18.

Rouquie, Alain, Autoritarismos y democracia. Estudios de política argentina, Buenos Aires: Edicial, 1994.

ROXIN, Claus, Straftaten im Rahmen organisierter Machtapparate, en GA 1963, p. 193 y ss.

-, Täterschaft und Tatherrschaft, 1a edición, 1963; 2a edición, Hamburgo, 1967; 7ª edición, Berlin, 2000; 8ª edición, 2006 (hay traducción castellana, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid-Barcelona, 1998).

-, Sobre la autoría y participación en el derecho penal, en Homenaje a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.

-, Problemas básicos del derecho penal, trad. de Diego Luzón Peña, Madrid, 1976.

-, en Leipziger Kommentar, 10a edición, 1985, par. 25, n° 108.

-, Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados, DP, 1985, p. 339 y ss.

-, en Leipziger Kommentar (LK), 11ª edición, 1993, p. 25, n°128.

-, en Juristenzeitung (JZ) 1995, p. 49.

-, en Lange-Festschrift, p. 173, 1996

-, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, en Samson, Friedrich; Dencker, Peter; Frisch, Helmut;

Frister, Wolfram R. (comps.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, 1999, p. 549-561.

-, Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg, en Amelung, Knut (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinsheim, 2000, pp. 55 y ss.

-, en ZStrR 125, 2007, p.1 y ss.;

-, en ZIS 11/2009, p. 567

RUDOLPHI, H.-J., Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Strassenverkehr, en GA, 1970, p. 353 y ss.

-, en Festschrift f. Jescheck, I, 1985, p. 559 y ss.

Rusconi, Maximiliano A.; López, Hernán ;.; Kierszenbaum, Mariano, Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad, Ad Hoc: Buenos Aires, 2011.

SALAMON, Vollandete und versuchte Beihilfe, Göttingen, 1968.

SANCINETTI, Marcelo, Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial, Buenos Aires: Lerner Editores, 1988.

-, Teoría del delito y disvalor de la acción, 1991.

-, Ilícito personal y participación, Buenos Aires, 1997.

SANCINETTI, Marcelo; FERRANTE, Marcelo, Argentinien, en Eser, Albin, Arnold, Jörg, Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Freiburg i. Br., 2002, Tomo 3; hay traducción castellana, El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina. Proyecto del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Dir. Jörg ARNOLD. Coordinación para América Latina: Kai AMBOS, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

SAX, Zur Problematik des “Teilnehmerdelikts”, en ZStW, 90, 1978, p. 295 y ss.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930.

-, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, en ZStW, 57, 1938, p. 295 y ss.

-, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, en Fest. f. Honig, Göttingen, 1970, p. 169 y ss.

SCHLÖSSER, Jan, Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage in organisatorischen Machtapparaten, Duncker & Humblot, 2004

SCHMIDT, Eberhard, Die mittelbare Täterschaft, en Fest. f. Frank, Tübingen, 1930, p. 106 y ss.

SCHRÖDER, Friedrich-Christian, Der Täter hinter der Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965.

-, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, en Juristische Rundschau (JR) 1995, p. 177-180.

SEELMAN, Kurt, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, Berlin, 2002.

SEMERARO, Pietro, Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena, Padova: CEDAM, 1986.

SEMINARA, Tecniche normative e concorso di persone nel reato, Milano: Giuffrè Editore, 1987.

SOWADA, Cristoph, Die “notwendige Teilnahme” als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Berlin, 1992.

STEIN, Ulrich, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, 1988.

STORTONI, Luigi, Agevolazione e concorso di persone nel reato, Padova, 1981.

STRATENWERTH, Günther, Das Rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957.



TRECHSEL, Stefan, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967.

VEST, Hans, Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit, Baden-Baden, 2002.

WEIGEND, Thomas, Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept, en Journal of International Criminal Justice (2011) 9: 91-111.

WELZEL, Hans, Studien zum System des Strafrechts, en ZStW 58, 1939, p. 491-566.

-, Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie, 1975.

-, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1940.

-, Das Deutsche Strafrecht, 11a edición, 1969.

-, Vom irrenden Gewissen, 1949

WERLE, Gerhard; BURGHARDT, Boris; ROXIN, Claus, Crimes as Part of Organized Power Structures, J Int Criminal Justice (2011) 9(1): 191-205 doi:10.1093/jicj/mqq083

ZAFFARONI, E. Raúl, La Ley de Obediencia Debida, en Lecciones y Ensayos n°50, Buenos Aires, 1988, pp. 23 y ss.

ZAFFARONI, E. Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIMMERL, Leopold, Grundzätzliches zur Teilnahmelehre, en ZStW 49, 1929, p. 39 y ss.



