

# Reseña del libro *Autoría en delitos de lesa humanidad*

Buján, F. (2019). *Autoría en delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: Hammurabi.

*Por Pablo Gabriel Salinas<sup>1</sup>*

El libro que aquí reseño comienza con la referencia de Buján en el primer capítulo al autor detrás del autor en los crímenes internacionales, conforme la teoría sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, elaborada por Claus Roxin, y la actuación del personal de jerarquía “intermedia” en causas por delitos de lesa humanidad. Se pregunta: ¿autores mediatos o partícipes?, y se responde: con la elevada predisposición del ejecutor al hecho (Schroeder).

Conforme Roberto Atilio Falcone y Andrés Falcone,<sup>2</sup>

la teoría de los sistemas [...] nos ha permitido estudiar la relación medio-sistema y extraer un propio concepto de normatividad. Luego estudiamos como las nociones dominio de la organización (fungibilidad) y de dominio del hecho no pertenecen al sistema jurídico, sino que intentan reproducir situaciones dadas en su medio, lo que conlleva la imposibilidad de poder construir sobre ellas categorías jurídicas fiables.

1 Juez de Cámara del Tribunal Oral Federal N° 2 de Mendoza. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Cuyo.

2 Falcone, R. A. y Falcone, A. (2013). Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino. Revista *Derecho Público*, 5. Recuperado de <https://procesalpenal.wordpress.com/2013/08/30/doctrina/>

Por el contrario, el concepto de infracción de deber como fundamento de imputación y de distinción cualitativa en materia de participación criminal (esto último sólo en relación a los deberes especiales) sí nos permite efectuar distinciones normativas y edificar sobre ellas estructuras dogmáticas convincentes. Pero el fenómeno de la macrocriminalidad estatal nos impide equiparar estos delitos con los comunes, por lo que necesitaremos aquí, además, aplicar la teoría de la elevada disposición al hecho como fundamento aditivo de imputación de los hombres de atrás.

Concluyendo, infracción de deber especial y elevada disposición al hecho del ejecutor serán los fundamentos de la imputación de los funcionarios públicos que detentaban posiciones de poder durante el terrorismo de Estado que desplegó la última dictadura militar argentina.

Es por ello que acierta Buján al referirse a la elevada disposición al hecho del ejecutor, ya que está absolutamente comprometido políticamente con la estructura criminal y el plan criminal.

Luego analiza la jurisprudencia nacional e internacional comenzando por el Juicio a las Juntas, el caso de los tiradores del muro y el problema del funcionamiento del aparato de poder al margen del Estado de derecho. Sigue con la jurisprudencia de la Corte de Colombia y de Perú –el fallo “Abimael Guzman” y “Fujimori” y la existencia de una organización jerárquica–.

Continúa con el poder del mando o de mando, para lo cual es bueno leer el caso Yamashita de la Corte de Estados Unidos y con el apartamiento del derecho, la fungibilidad y la especial predisposición del ejecutor al hecho ilícito.

El apartamiento del derecho es la disputa acerca de si un Estado –como puede ser el de Alemania Oriental– y su estructura jurídica está apartada o no del derecho. La fungibilidad se refiere a la intercambiabilidad de los ejecutores en virtud de estructuras de poder organizadas.

Según sostiene Claus Roxin, el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás se funda en el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas y no en la coacción o el error. Quedan excluidos el dominio por coacción y por error.

Los fundamentos estructurales del dominio de la organización “se encuentran en el hecho fáctico de que quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito en el sentido de la teoría subjetiva”.<sup>3</sup>

Si bien Roxin limita el dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad, y esta es la crítica de Buján, esto no se corresponde con lo sostenido por el maestro de Hamburgo.

---

3 Roxin, C. (2004). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Barcelona: Marcial Pons, p. 24.

Claus Roxin lo explica claramente:

el caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichman como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho.<sup>4</sup>

Bujan continúa analizando la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, el caso del dominio funcional del hecho en el fallo Lubanga, el caso del dominio de la organización conforme Katanga y Ngudjolo y el caso de dominio de la organización en Al Bashir, Al Senussi.

Luego se pregunta: ¿dominio de la organización empresarial? El mismo título es una crítica implícita al dominio de la organización de Roxin y al dominio en especial referencia a las organizaciones empresarias.

Considero infundada esta crítica, ya que el autor alemán explica bien este punto en cuanto la autoría mediata por dominio de la organización:

Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder fue el título de mi conferencia dictada en febrero de 1963 con motivo del inicio de mis clases en Hamburgo. En ella proponía una nueva forma de autoría mediata. Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y –esta era la nueva idea- puede dar la orden a través de un aparato organizado de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución.<sup>5</sup>

En el capítulo III comienza su análisis desde la empresa criminal conjunta y de las relaciones entre coautoría y prueba. La empresa criminal conjunta es descrita conforme el caso Tadic y los fallos del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia. Se analizan los elementos objetivos y subjetivos para luego examinar el fallo “Acosta” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, donde esta se inclina por el criterio de “Tadic” en lugar del de “Perisic”.

Para Buján esta clase de coautoría nace para dar respuesta a la atribución de responsabilidad en los casos de criminalidad colectiva, donde resulta imposible determinar la contribución específica de cada uno de los individuos integrantes de la empresa criminal. Si bien no comparto este argumento, me parece imprescindible el debate en cuanto a la atribución de responsabilidad. Entiendo que en

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>5</sup> Roxin, C. (2005). *La Autoría Mediata por Dominio de la Organización*. *Revista de Derecho Penal. Autoría y Participación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 9.

Yamashita y Homma ha quedado resuelto, como así también en casos más recientes como Radovan Karadzic o Ratko Mladic, pero fundamentalmente con la disposición del artículo 27 del Estatuto de Roma, donde normativamente se resuelven todos los problemas.

El autor ataca la teoría de la empresa criminal conjunta con el argumento de que se basa en un criterio subjetivo de autor, que tampoco comparto porque entiendo que, como explica muy bien la teoría de Schroeder, “en estos hechos criminales múltiples existe una complicidad consciente, que solo pueden ser ejecutados a través de una organización precisa, representada ya en la fase de preparación”.<sup>6</sup>

Además, critica a la empresa criminal conjunta porque para ser autor basta con compartir la intención del resto del grupo que integra la empresa criminal, sin importar la magnitud de la contribución material (*actus reus*).

Sin embargo, estos no son los lineamientos de la empresa criminal conjunta, conforme el caso Tadic, receptada en el artículo 25, inciso 3, párrafo d del Estatuto de Roma, donde se sostiene que la responsabilidad penal individual de aquel que contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión de crímenes por un grupo de personas que tengan una finalidad común la contribución deberá ser intencional y se hará 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 la competencia de la Corte o a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Por lo tanto, la contribución y la magnitud de la contribución siempre será compartimentalizada porque es la propia estructura de la empresa criminal conjunta la que establece eslabones para diluir la responsabilidad y, por lo tanto, no puede ponerse en cabeza de las víctimas probar la magnitud de la colaboración de cada uno de los partícipes de la empresa criminal.

Para ser más claro aún, un imputado podría decir: “la magnitud de mi aporte es nada, yo solo indicaba a las personas el camino a la cámara de gas”. Otro dirá “la magnitud es nada ya que yo solo secuestraba el blanco que me proporcionaba la superioridad”, como dijo en la famosa entrevista Alfredo Astiz a la periodista Cerruti. Eichman dirá que la magnitud de su aporte era fungible y que solo era un burócrata.

Todos apelaran a que su participación era mínima, pero cada eslabón produce el crimen y, como sostiene Primo Levi en su libro *Si esto es un hombre*, la finalidad era llegar a un momento en el cual los *sonderkomandos* reemplazaran a los soldados nazis y estos entonces podrían decir que la magnitud de su aporte era inexistente.

Luego sigue con su crítica manifestando que el criterio de cercanía/lejanía respecto del hecho es indiferente en el marco de la autoría, sin importar si el criterio aplicable es el de la empresa criminal conjunta o el de la autoría mediata.

---

6 Aboso, G. E. (2005). Autoría Mediata a través de aparatos organizados de Poder. *Revista de Derecho Penal. Autoría y Participación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 297.

No comparto su crítica, ya que a mi entender, mientras más lejos más responsable de la ejecución del hecho por mayor dominio de la organización y mientras más cerca más responsable por ejecución material y en el medio absolutamente responsable por las dos cosas.

En el capítulo IV el autor trata las imputaciones por omisión frente a los principios de legalidad, proporcionalidad y congruencia. Analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Antognazza” y “Rosas”.

No comparto lo referido al principio de congruencia, ya que el mismo está plenamente definido en el caso Fermín Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene la identidad del hecho independientemente del ropaje jurídico.

El principio de congruencia, en materia procesal penal, consiste en la identidad del hecho incluido en la acusación fiscal y el hecho receptado en la sentencia. El hecho se debe mantener inmutable y debe ser acreditado por la prueba, que debe ser una prueba que conduzca a la certeza de la ocurrencia del mismo. El principio de congruencia tiene dos elementos dentro de su concepto: el primero y más importante, el del debido proceso legal y el segundo, el derecho de defensa.

No comparto con Buján que se trata de solo la violación al derecho de defensa y creo que debe priorizarse el debido proceso. El debido proceso exige la identidad en el hecho requerido, indagado, procesado, elevado a juicio, juzgado y sentenciado. El derecho de defensa es un concepto que generalmente se torna abstracto y pierde fuerza en su interpretación ambigua. Cuando se denuncia afectación al derecho de defensa, debe hacerse indicando expresamente la facultad violada. En cambio, con el debido proceso legal, las normas rituales establecen el tránsito que debe seguir la acusación para poder llegar a una sentencia obtenida bajo las normas procesales y de fondo y esencialmente bajo las normas constitucionales y convencionales. Debe existir un control de convencionalidad y de constitucionalidad de la acusación y de la sentencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez c/ Guatemala, estableció el concepto de los principios contenidos en el artículo 8.2 de la Convención. La descripción de la conducta imputada debe contener los mismos hechos en la acusación y la sentencia para que el imputado pueda defenderse de los hechos por los cuales es acusado sin ningún tipo de hecho oculto o de constancia fáctica no expuesta a la publicidad del juicio oral.

Pese a no coincidir con Buján, puedo decir que es muy buena la discusión y que el principio de congruencia no se ve afectado en la gran mayoría de los juicios de lesa humanidad, ya que los hechos siempre son requeridos del mismo modo y se mantienen inmutables y solo cambia en algunos casos el ropaje jurídico.

Reitero que todas las afectaciones y temores expuestos por Bujan son en alguna medida resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez, cuya lectura recomiendo.

En el capítulo V Buján analiza la autoría y la participación en el Estatuto de Roma con los antecedentes de Nuremberg y Tokio. Se detiene en la parte norteamericana de la acusación de Nuremberg en

cuanto al crimen de conspiración (*conspiracy*). Luego analiza el crimen de membresía en una organización criminal y finaliza con el caso Eichmann. Sigue con la autoría y la participación en el estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y en el Estatuto de Roma.

Finalmente, el capítulo VI trata de la responsabilidad penal del superior por el crimen internacional del subordinado. Se refiere al artículo 28 del Estatuto de Roma y los problemas que encuentra en el artículo. Se pregunta: ¿autor del ilícito del subordinado o autor de otros ilícitos?, haciendo con la sola pregunta una crítica que considero infundada, ya que el subordinado y el autor tienen sus roles bien delimitados en el Estatuto de Roma.

En síntesis, considero que el libro es extenso, bien fundamentado, y un excelente trabajo para leer y debatir. Bujan tiene una sólida formación y el libro vale la pena, aunque no concuerde con muchas de sus conclusiones.