

## DE VIDELA A FUJIMORI

Por RICARDO GIL LAVEDRA

### *I. INTRODUCCIÓN*

La entusiasta y aguda mirada de Andrés D'Alessio reposó en numerosos temas de Derecho Penal y Constitucional (en especial el régimen del recurso extraordinario federal). Pero me parece oportuno recordar, en ocasión de un libro en su homenaje, un tema que discutimos intensamente en el pasado junto a nuestros amigos y colegas de la Cámara Federal en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires: la responsabilidad penal de quien maneja un aparato organizado de poder.

El denominado “juicio a las juntas militares” que llevamos a cabo como integrantes del tribunal mencionado entre los años 1984 y 1985, tuvo como objeto analizar la responsabilidad criminal de los miembros de las tres primeras juntas de la dictadura militar por los delitos que había cometido personal bajo su dependencia durante la represión del terrorismo.

Conviene recordar que, en dicho proceso, se aplicó el procedimiento del Código de Justicia Militar y las reglas del Código Penal común para analizar las conductas que se imputaban<sup>1</sup>. No se aplicó disposición alguna del Derecho Internacional<sup>2</sup>. En ese momento, no existía aún la rica elaboración vigente hoy en día del derecho internacional de los derechos humanos. La experiencia in-

<sup>1</sup> La ley 23.049 modificó el Código de Justicia Militar para asignar a jueces civiles los delitos comunes cometidos en acto de servicio pero, a fin de respetar —quizás con celo excesivo— la garantía del juez natural atribuyó al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas el juzgamiento de los delitos comunes cometidos entre 1976 y 1983, con el alegado propósito de combatir “a la subversión”, introduciendo un recurso de apelación ante la Cámara Federal del lugar y la posibilidad de que ésta se avocara a un caso en el supuesto de demora injustificada del Consejo Supremo. Esto último es lo que ocurrió en el caso de los ex comandantes; en octubre de 1984, la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital asumió el conocimiento del expediente. Así, nació la conocida causa 13/84.

<sup>2</sup> El gobierno del presidente Alfonsín ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en agosto de 1984, es decir, sólo dos meses antes que la Cámara Federal se avocara al caso de los ex-comandantes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado en noviembre de 1986, casi un año después de la sentencia de la causa 13.

ternacional se agotaba en los procesos de los tribunales militares de Nüremberg y Tokio, únicos precedentes existentes en ese momento.

Como es sabido, en diciembre de 1985, se condenó a algunos de los ex-comandantes como autores mediatos de los delitos que habían cometido sus subordinados, con base en órdenes generales que ellos impartieron acerca de cómo debía reprimirse a los sospechosos de haber cometido actos terroristas o bien de pertenecer a organizaciones terroristas o de prestarles cualquier cooperación o auxilio.

En esa sentencia se fundó la autoría en el dominio de una voluntad indeterminada, el aparato organizado de poder. Esta doctrina se ha afianzado con el correr de los años y hoy puede afirmarse que constituye un concepto relativamente pacífico para sustentar la responsabilidad penal de quienes conducen estructuras organizadas que, a través de sus integrantes, cometen delitos aberrantes.

Quisiera mostrar en este trabajo que en el Derecho Internacional la responsabilidad por acto tuvo un origen difuso, y que la decisión del tribunal argentino ha contribuido decisivamente para impulsar la aceptación de la autoría mediata en el derecho internacional de los derechos humanos. A la vez, es necesario distinguir este tipo de responsabilidad de la del superior por actos de sus subordinados, no ordenados por él<sup>3</sup>.

Para ello, es preciso comenzar por analizar cómo se fue resolviendo el tema desde los primeros precedentes.

## II. LOS JUICIOS DE NÜREMBERG Y TOKIO

Cuando las naciones aliadas vencieron a los países del Eje, éstas debieron resolver cuál sería el procedimiento más adecuado para castigar a los responsables de las atrocidades cometidas entre 1939 y 1945. Una generación después de que fracasaran los intentos por juzgar a los responsables de las crueldades y atrocidades cometidas durante la Primera Guerra Mundial, el mundo se enfrentó al mismo desafío<sup>4</sup>.

La decisión en favor de un proceso internacional y de una severa sentencia contra los culpables de los actos de exterminio cometidos durante el transcurso de la guerra, comenzó a formarse aún antes de finalizada la contienda

<sup>3</sup> Esta última forma de responsabilidad, propia de los tipos de omisión, caracterizada por no haber tomado el superior las medidas adecuadas para impedir los delitos de sus subordinados, estuvo también presente en la campaña electoral de 1983 y en los inicios del gobierno democrático, cuando se ignoraba que no se estaba frente a “excesos” sino a un plan criminal ordenado desde la cúspide del poder.

<sup>4</sup> OWEN, James, *Nuremberg. El mayor juicio de la historia*, Barcelona, Crítica, 2007, p. 10. Como es sabido, el Tratado de Versalles creó un tribunal penal internacional que debía juzgar al Kaiser Guillermo II, programa que fracasó frente a la negativa de Holanda de entregar al Kaiser, que se había refugiado en su territorio. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950, ps. 1202 y ss.

bélica, con la declaración de Moscú del 1 de noviembre de 1943 suscripta por Stalin, Roosevelt y Churchill<sup>5</sup>.

Finalmente, el 8/8/1945 se suscribió el Acta de Londres que instauró un Tribunal Militar Internacional (TMI), integrado por jueces de las potencias firmantes (Estados Unidos, el Reino Unido, la ex-URSS y Francia). Avanzado ya el juicio de Nüremberg, se creó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (IMTFE) para el juzgamiento de los criminales de guerra japoneses. Su Estatuto fue establecido el 25/4/1946.

Si bien la doctrina de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder fue elaborada con posterioridad, y sobre la base de una determinada concepción de la autoría, en los juicios de Nüremberg pueden hallarse algunos vestigios de ella. Así, el Estatuto de Nüremberg estableció, en su art. 6º, la competencia del tribunal “(...) para juzgar y castigar a las personas que actuando a favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido (...)” alguno de los crímenes que enumera<sup>6</sup>.

El último párrafo del artículo mencionado, dispuso que “los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes”.

Ahora bien, el tribunal de Nüremberg utilizó distintos criterios de imputación para atribuir responsabilidad penal en los casos bajo su juzgamiento.

Es importante recordar las afirmaciones del Fiscal Robert Jackson en su alegato inicial del 21/11/1945, en el que sostuvo que la acusación se basaría “(...) en la autoría y en la autoridad de todos los crímenes. Los acusados eran hombres de categoría y rango que no se mancharon las manos de sangre. Eran hombres que sabían utilizar a los inferiores como instrumentos. Queremos descubrir a los planificadores y diseñadores, a los incitadores y a los líderes cuyas perversas intenciones llevaron al mundo a sufrir la violencia, la anarquía, la agonía y las convulsiones de esta guerra terrible”<sup>7</sup>. Claramente se advierte aquí la simiente de la idea, usar a los subordinados como instrumentos de un plan previo.

Por su parte, el TMI no distinguió entre autor principal y accesorio, sino que cualquier forma de participación o cooperación en los planes fue consi-

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 1212. La declaración establecía que el enjuiciamiento por los hechos cometidos durante la guerra se circunscribía al caso de los principales criminales de guerra cuyos delito no tienen localización geográfica particular. Esto no invalidaba, desde luego, la función de justicia en cada país contra los traidores internos y contra las prácticas bárbaras en un sector concreto y por hechos localizados. Ídem, p. 1213.

<sup>6</sup> Crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

<sup>7</sup> OWEN, James, *Nuremberg...*, cit., p. 51.

derada suficiente para atribuir responsabilidad<sup>8</sup>. En este sentido, el Tribunal sostuvo que “Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Necesitó la cooperación de hombres de Estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocios. Cuando ellos, con conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo”<sup>9</sup>.

Otro criterio con el cual se pretendió lograr que aquéllos que habían estado al mando respondieran por los actos que habían llevado a cabo sus subordinados a mucha distancia, fue la figura de conspiración. La vastedad y vaguedad del cargo de conspiración permitió incluir en la acusación a todos los acusados por todas y cada una de las invasiones y atrocidades que se presentaron ante el tribunal. Asimismo, la conspiración englobaba no sólo los crímenes contra la paz sino los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad<sup>10</sup>.

Sin embargo, el TMI aplicó la figura con alguna restricción. Así, una conspiración para efectuar una guerra de agresión sólo es punible si “está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto actual y esté motivado en intención criminal”<sup>11</sup>.

Por otra parte, en supuestos de pertenencia a un grupo o a una organización criminal (art. 9º del Estatuto), el TMI estimó que sólo era posible atribuir responsabilidad criminal en aquellos casos en los que el acusado había intervenido activamente en los actos de la organización y tenía conocimiento de su carácter criminal<sup>12</sup>.

Por último, cabe señalar que el Estatuto del TMI impedía la liberación de responsabilidad de quienes hubieren actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico, aunque permitía que este factor fuera tenido en cuenta para la atenuación de la pena<sup>13</sup>.

El establecimiento del TMI fue muy polémico desde un principio y criticado por diversas razones: su constitución *ad hoc* por parte de los vencedores, la utilización de leyes posteriores a los hechos, la amplia publicidad de las ejecuciones<sup>14</sup>, entre otras. No obstante, medio siglo después, se produjo un giro de ciento ochenta grados. El derecho internacional de los derechos humanos y

<sup>8</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 70.

<sup>9</sup> *The trial of the major war criminals. Proceedings of the international military tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22., Londres, HMSO, 1950, p. 448, citado por AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 71.

<sup>10</sup> OWEN, James, *Nuremberg...*, cit., ps. 14-16.

<sup>11</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 78.

<sup>12</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 80.

<sup>13</sup> Art. 8º del Estatuto.

<sup>14</sup> Todas las generaciones de abogados que egresaron hasta la década de los noventa se formaron a la luz de esas creencias.

su aplicación por tribunales locales, entre ellos nuestra propia Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup>, reivindicó las reglas de Núremberg, pues se ha aceptado que ya existía en esa época una regla del derecho internacional consuetudinario, que prohibía la comisión de ciertos crímenes que, por su extraordinaria gravedad, violentaban la conciencia universal<sup>16</sup>.

### III. LA TESIS DE ROXIN

Fue recién en 1963 cuando el jurista alemán Claus Roxin, a propósito de los casos Eichmann<sup>17</sup> y Staschynskij<sup>18</sup>, sentó las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata a la que denominó “autoría mediata por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. La teoría se refiere a aquellos casos que “se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una ‘maquinaria’ personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”<sup>19</sup>.

De este modo, propició una solución dogmática a los problemas de autoría que no podían resolverse conforme a las reglas tradicionales respecto de quienes, dentro de un aparato organizado, daban las órdenes, planificaban los hechos, pero no intervenían en su realización. La autoría mediata, hasta ese entonces, se admitía fundada únicamente en la existencia de coacción o error, es decir, un autor no responsable. Cabe dejar aclarado que Roxin partió de la teoría del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autor y partícipe<sup>20</sup>.

Eichmann era un funcionario nazi a cargo de la Oficina Central para la Migración Judía, responsable de numerosas ejecuciones de judíos, aunque di-

<sup>15</sup> Casos “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312) y “Simón” (Fallos 328: 2056).

<sup>16</sup> En este sentido, la Corte sostuvo que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad importó el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, que ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional (Fallos 327:3312, consids. 28 y 32, respectivamente).

<sup>17</sup> “The Attorney General v. Eichmann”, caso 40/61, Tribunal de Distrito de Jerusalén, 12/12/1961.

<sup>18</sup> BGHSt 18, p. 87.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, en *Doctrina Penal*, año 8, julio-septiembre 1985, nro. 31, p. 399 (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., Hamburgo, Cram de Gruyter y Co., 1967, ps. 242 a 252. Traducción de Carlos Elbert).

<sup>20</sup> Si bien no es incompatible aceptar la autoría mediata dentro de una concepción formal objetiva de la autoría, no caben dudas que la teoría del dominio del hecho constituye su decisivo punto de partida (conf. HIRSCH, Hans J., *Derecho penal. Obras completas*, t. I, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 196) y fue el contexto en el que Roxin concibió la modalidad del aparato organizado de poder (conf. GARCÍA VITOR, Enrique, “La tesis del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder” en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho Universidad de Córdoba, 2001, p. 331).

rectamente no había matado a nadie. En palabras de Roxin, se trataba del típico burócrata y por aquel entonces fue juzgado y condenado en Jerusalén como autor de homicidio. Para ello, se consideró que cualquier tipo de participación en la solución final era suficiente para justificar la responsabilidad penal. Eichmann fue condenado como autor principal sobre la base de actos de apoyo o cooperación<sup>21</sup>.

El agente Staschynskij, por encargo de un servicio secreto extranjero, asesinó alevosamente con una pistola de veneno, de propia mano y sin auxilio ajeno, a dos políticos exiliados. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso y los autores del hecho fueron los superiores extranjeros que impartieron la orden<sup>22</sup>.

Según Roxin, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores<sup>23</sup>. Es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargado de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Ello así pues la organización funciona sin importar la persona individual del ejecutor; la tesis se funda, en este sentido, en la fungibilidad del ejecutor<sup>24</sup>.

El ejecutor, sin perjuicio del dominio propio de sus actos, se convierte en una herramienta del autor mediato, pues éste podrá confiar en que la orden se va a cumplir y, aún cuando, eventualmente, no se ejecutare, el mecanismo del aparato organizado no se verá seriamente afectado en tanto será fácilmente reemplazado por otro sujeto, pues el ejecutor es intercambiable<sup>25</sup>.

Sólo es preciso pensar, sostenía Roxin, en un régimen dictatorial cuya conducción organice un aparato para la eliminación de personas indeseables o de determinados grupos de personas. En tales supuestos, se puede confiar que el ejecutor va a cumplir el objetivo sin necesidad de recurrir a los medios de la coacción o del engaño, pues si cualquiera de los ejecutores se negara a cumplir con su tarea, lejos de implicar el fracaso del delito, inmediatamente otro ocuparía su lugar y realizaría el hecho<sup>26</sup>. “El hombre de atrás, pues, controla el

<sup>21</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 88.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000 (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Walter de Gruyter & Co., 1999, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), p. 127, nota 52. El tribunal alemán aplicó la teoría subjetiva como elemento de distinción entre autor y partícipe, uno quiere el hecho para sí y el partícipe para otro.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista penal nro. 2*, julio 1998, Barcelona, Praxis en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, p. 61.

<sup>24</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio...”, cit., p. 402.

<sup>25</sup> Cabe aclarar que quien comete un delito no se libera de responsabilidad por el hecho de que “si él no lo hace, otro habría consumado el hecho”. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 404

<sup>26</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., nota 22.

resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente”<sup>27</sup>.

Roxin se inspiró en los procesos contra Eichmann y Staschynskij para sostener la existencia de esta nueva categoría de la autoría mediata, un autor directo responsable inserto dentro de un aparato de poder. Dominio de la organización, fungibilidad del ejecutor e ilegalidad de la organización, son los tres elementos fundamentales de la teoría, que es la que mejor se adecua al grupo de casos para los cuales ha sido propuesta.

Normalmente sucede que cuanto más se aleja un partícipe de los hechos inmediatos y de la acción típica directa, más apartado se encuentra del dominio del hecho. No obstante, en estos particulares casos, ocurre precisamente lo contrario: la pérdida de proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato, se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato<sup>28</sup>.

#### IV. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

La tesis de la autoría mediata en virtud de estructuras organizadas de poder recibió su primera aplicación práctica en el juzgamiento de las juntas militares argentinas. Hasta ese momento era sólo una construcción académica.

Paulatinamente fue adoptada por la jurisprudencia de otros países, como Alemania y Perú<sup>29</sup>. También fue receptada en la legislación española, alemana y peruana<sup>30</sup> y, finalmente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>31</sup>.

Actualmente, se debate su aplicación incluso para casos de delitos económicos y crimen organizado transnacional. Ya en su trabajo inicial Roxin había admitido la validez de esta teoría, tanto respecto de los crímenes de Estado, como de “los que se cometen en el ámbito de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes”<sup>32</sup>, postura que ratificó años más tarde<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 62.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio...”, cit., p. 405; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 274.

<sup>29</sup> Ver *infra* nro. VI.2. El caso de los ‘guardias del Muro’ y VI.3. El caso Fujimori.

<sup>30</sup> El art. 25, inc. 1º, del Código Penal Alemán castiga como autor “... a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro...”. Por su parte, el art. 23 del Código Penal peruano dispone que será autor el que “(...) realiza por sí o por medio de otro el hecho punible (...)” Finalmente, el art. 28 del Código Penal español establece que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Sobre la cualidad de instrumento y la discusión en torno a la compatibilidad de la instrumentación y la acción responsable del ejecutor ver FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, ps. 46 y ss.

<sup>31</sup> Art. 25, ver *infra* nro. V.3.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio...”, cit., p. 408.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 65.

Por otra parte, la autoría mediata mediante aparatos de poder es aceptada mayoritariamente por la doctrina, pero existen no obstante importantes disidencias. Las principales objeciones se vinculan con la insuficiencia del criterio de la fungibilidad para fundar el dominio del hecho y el desconocimiento del principio de responsabilidad. Así, existen autores que consideran que detrás del autor inmediato responsable no existe la posibilidad de otro dominio del hecho y sostienen que, en tales hipótesis, se trata de supuestos de coautoría, o bien, de instigación.

En efecto, Jakobs por un lado sostiene que el dominio del hecho no es el único elemento para determinar la autoría, pues junto a éste se encuentra la infracción a un deber y este concepto normativo prevalece sobre el dominio<sup>34</sup>. Por el otro, afirma que se trata de un supuesto de coautoría, negando la posibilidad de un “autor detrás del autor responsable”. Para él, el ejecutor debe ser “no responsable o no completamente responsable”, pues de lo contrario —es decir, si fuera completamente responsable— no podría ser un instrumento. Para igual responsabilidad de ambos sólo cabe la equiparación por coautoría<sup>35</sup>.

Gimbernat Ordeig, sobre la base de otro fundamento de autoría, en desacuerdo con el “dominio de organización escalonado”, piensa que quienes armaron el aparato y dieron las órdenes son inductores y los miembros intermedios que la van transmitiendo hasta el ejecutor, cómplices. Si esta solución aparece como insatisfactoria para la matanza de los judíos, que Hitler sea sólo un inductor, es porque las categorías de autoría y complicidad no están pensadas para un genocidio<sup>36</sup>.

Por su parte, Jescheck considera que la autoría mediata no es de aplicación ilimitada y que “la posibilidad de la autoría mediata termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable”. Para este autor, la intervención del “hombre de atrás” sólo puede ser considerada como “participación en el dominio del hecho” (coautoría) o como inducción o complicidad pues sólo quien actúa directamente debe cargar personalmente con el hecho como autor<sup>37</sup>.

Sin embargo, como señala Roxin respondiendo a Jakobs, en el ámbito de los aparatos organizados de poder falta el presupuesto de la actuación en coautoría: la decisión de realizar conjuntamente el hecho<sup>38</sup>; el que ordena y el ejecutor, por lo general, ni siquiera se conocen y nada deciden en conjunto. Por

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho, una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 2004, ps. 65 y 66.

<sup>35</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 783.

<sup>36</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, ps. 176 y ss.

<sup>37</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 605.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 63.



otro lado, tampoco se verifica en estos casos una ejecución común. “El ‘burócrata’ no ejecuta nada por sí mismo, ‘no se ensucia las manos’ sino que se sirve del órgano ejecutor”<sup>39</sup>.

Roxin rechaza la tesis de la coautoría por una tercera razón: ésta no se hace cargo de la diferencia estructural entre una y otra forma de participación. En efecto, la autoría mediata se estructura verticalmente, el que ordena arriba del ejecutor, mientras que la coautoría lo está horizontalmente.

También rebate la solución de la inducción, pues si bien presenta una estructura vertical al igual que la autoría mediata, el que da órdenes en la jerarquía de un aparato de poder se diferencia de un simple inductor. El inductor tiene que tomar contacto con el autor en potencia, captarlo para su plan, vencer, eventualmente, sus resistencias; el burócrata sólo tiene que dar una orden<sup>40</sup>.

A nivel nacional Zaffaroni no encuentra objeciones para compatibilizar la tesis con nuestro texto legal aunque no advierte cuáles serían “las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria”<sup>41</sup>. García Vitor<sup>42</sup> se inclina por la coautoría en función de que nuestro derecho positivo no exige una realización conjunta del hecho, por lo que no es necesario extender el concepto tradicional de autoría mediata. Carlos J. Lascano (h) entiende, en cambio, que la teoría de Roxin puede tener cabida dentro de la categoría de determinadotes del art. 45 del Código Penal<sup>43</sup>.

Sancinetti, a su vez, quien había afirmado que la dogmática moderna aceptaba sin más la teoría, consideró más tarde que “tal afirmación fue equivocada y que, tanto hoy como ayer, hay voces autorizadas contrarias a aceptar un ‘autor detrás del autor’, si éste es plenamente responsable”. Si bien es partidario de esta forma de autoría estima que “...la cuestión pierde parte de su interés práctico en razón de que la teoría del ilícito que he tratado de desarrollar... presupone que también todo acto de participación debería ser penado sin más tan pronto como el partícipe haya perdido el control de lo que el autor principal pueda hacer con su aporte”<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 780. La diferencia estribaría en que si se lo considera autor mediato habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto que si se lo considera instigador recién será punible cuando el ejecutor comience con su conducta.

<sup>42</sup> GARCÍA VITOR, Enrique, “La tesis del dominio...”, cit., ps. 344 y 345.

<sup>43</sup> LASCANO (h), Carlos J., “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones...*, cit., ps. 363 y ss.

<sup>44</sup> SANCINETTI, Marcelo - FERRANTE, Marcelo, *El derecho penal en la protección de derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 314.

Es cierto que no hay diferencias en la pena que recibe el autor con la que se impone a los coautores o a los partícipes primarios (cómplices o instigadores), con lo que bien puede argumentarse que la discusión carece de importancia práctica.

Sin embargo, intuitivamente pareciera que no puede afirmarse que quien comete un hecho típico, como una pieza reemplazable de una maquinaria organizada y jerárquica, es el único autor del suceso y quien puso en marcha la organización en función de la realización de esos delitos, sea el instigador. El hombre de atrás es más que el instigador del hecho.

En estos casos, la responsabilidad del autor directo se funda en su cercanía al hecho y la del “hombre de atrás” resulta de la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor. Dado que el autor mediato tiene a la organización “en su mano” —y que a través de ella, el ejecutor es gobernado mediatamente— el ejecutor es intercambiable y sin importancia<sup>45</sup>. Por eso, el mero ejecutor no puede ser considerado autor del hecho y quien conduce un aparato de poder, creado a través de sus órdenes, un simple instigador. De cualquier modo, más allá de las diferencias de apreciación dogmáticas, útiles para los casos corrientes, la teoría de Roxin se percibe como más adecuada para estos crímenes extraordinarios cometidos a través de una organización disciplinada y jerárquica.

## V. UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

### I. Los primeros intentos

Luego de los juicios de Núremberg y Tokio, surgieron propuestas e iniciativas para el establecimiento de una jurisdicción internacional. El 11 de diciembre de 1946, con el propósito de otorgar legitimidad a lo sucedido, la Asamblea General de la ONU aprobó la Res. 95 (I), mediante la cual confirmó “(...) los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho tribunal”<sup>46</sup>.

Un año más tarde, la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad (Res. 177 [II] del 21/11/1947).

El código fue elaborado en 1951 por la Comisión y fue sometido a la Asamblea General en 1954, pero no fue aprobado.

Asimismo, mediante Res. 260 (III) adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, se invitó a la Comisión de Derecho Internacional a

<sup>45</sup> AMBOS, Kai - GRAMMER, Christoph, “La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IX, nro. 16, 2003, Buenos Aires, Ad-Hoc, ps. 168 y ss.

<sup>46</sup> En dicha ocasión la Asamblea General tomó nota del Acta de Londres que estableció el TMI así como de los principios similares adoptados en el estatuto del IMTFE.

“examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales” y “a prestar atención, cuando proceda ese examen, a la posibilidad de crear una sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia” (Res. 260 [III] B).

La misma resolución aprobó la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio que en su art. III estableció el castigo de los actos de “a) genocidio; b) la asociación para cometer genocidio; c) la instigación directa y pública a cometer genocidio; d) la tentativa de genocidio; e) la complicidad en el genocidio” (Res. 260 [III] A).

Más tarde, la Asamblea General creó un comité “con miras de preparar uno o varios ante-proyectos de convenios y de formular propuestas referentes a la creación y al estatuto de una Corte criminal internacional”. Esta comisión se reunió en Ginebra y redactó un primer proyecto en 1951, que fue revisado en 1953 por un nuevo Comité creado por la Asamblea General para que estudiara las enmiendas propuestas y examinara el proyecto redactado por su antecesora, pero tampoco prosperó<sup>47</sup>.

## *2. Los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda: más señales de autoría mediata*

La constitución de un tribunal internacional *ad hoc* tuvo lugar nuevamente, con la aprobación por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de la Res. 827 del 25/5/1993. Allí se decidió establecer un tribunal internacional con la exclusiva finalidad de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1/1/1991.

En similares términos, la Res. 995, adoptada por el Consejo de Seguridad el 8/11/1994, estableció un tribunal internacional con el propósito de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos, entre el 1/1/1994 y el 31/12/1994. En la misma decisión se aprobó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En textos prácticamente idénticos, ambas reglamentaciones contienen signos de autoría mediata al tratar la responsabilidad penal individual por los delitos en ellas contenidos.

En este sentido, se estableció que todo aquel que hubiera “planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier

<sup>47</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., ps. 1147 y ss.

forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados” en los estatutos respectivos es individualmente responsable de dicho crimen<sup>48</sup>.

También, se advierten criterios de atribución de responsabilidad sobre la base de la responsabilidad del superior al sostener que cuando el delito hubiera sido cometido por un subordinado, el superior no se libera de su responsabilidad penal “si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores”<sup>49</sup>.

### 3. *El Estatuto de Roma y la recepción normativa de la teoría*

Cincuenta años después de que la Asamblea General encomendara el estudio sobre la viabilidad de un tribunal internacional penal, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>50</sup>, que consagró claramente en su art. 25 la autoría mediata como criterio de responsabilidad penal individual, estableciendo que será penalmente responsable quien cometa un crimen de la competencia de la Corte “...por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable...”.

## *VI. LOS TRIBUNALES LOCALES Y LA AUTORÍA MEDIATA POR ESTRUCTURAS DE PODER: DE VIDELA A FUJIMORI*

### 1. *El juicio argentino a las Juntas Militares*

El “juicio a las juntas” es el primer gran precedente, si bien de un tribunal nacional, que aplicó íntegramente y por primera vez la teoría desarrollada por Roxin<sup>51</sup>. La decisión de la Cámara le dio a esta tesis un impulso extraordinario que facilitó su amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial, hasta su recepción definitiva en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El caso argentino fue un supuesto paradigmático de la tesis diseñada por Roxin.

En ese proceso se estableció la existencia de una decisión (gravísima) de “combatir la guerrilla terrorista al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces... adoptada cuando las fuerzas armadas ya se encontraban empuñadas en esa tarea y su intervención se encontraba regulada por una serie de

<sup>48</sup> Arts. 7° del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y 6° del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

<sup>49</sup> Volveremos sobre este concepto más adelante en este mismo trabajo.

<sup>50</sup> El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, del 17/7/1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10/11/1998, 12/7/1999, 30/11/1999, 8/5/2000, 17/1/2001 y 16/1/2002. El Estatuto entró en vigor el 1/7/2002.

<sup>51</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, causa n° 13, sentencia del 9/12/1985, en *La sentencia*, t. I y II, Imprenta del Congreso de la Nación, 1987.

disposiciones legales y reglamentarias...Es decir, que toda la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados, sólo cambió la ‘forma’ de combatir”<sup>52</sup>.

El tribunal estimó que los acusados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo y por eso calificaron su conducta como autoría mediata.

En efecto, los sucesos juzgados “...constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar”<sup>53</sup>.

El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, el cual está integrado por hombres fungibles. Así, se afirmó que el autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. “Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran”<sup>54</sup>.

Tampoco se estimó relevante la falta de conocimiento de los hechos individuales ni de la identidad de las víctimas. Las directivas referían genéricamente a todo “subversivo”. Los inferiores tenían libertad para proceder en consecuencia pero los comandantes siempre tuvieron la posibilidad de evitar los delitos que se cometían. “Les bastaba ordenar el cese del sistema”<sup>55</sup>.

En el fallo, se consideró que la tesis de la autoría mediata era la más adecuada para fundar correctamente la responsabilidad penal del hombre de atrás por hechos cometidos en virtud de una estructura organizada de poder.

“[L]os 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”<sup>56</sup>.

“La implementación de tal sistema en forma generalizada fue dispuesta a partir del 24 de marzo de 1976, lo que parece indudable si se tiene en cuenta que una decisión de esa naturaleza implicaba, por sus características, el control

<sup>52</sup> *La sentencia*, t. II, p. 802.

<sup>53</sup> *La sentencia*, t. II, p. 803.

<sup>54</sup> *La sentencia*, t. II, p. 804.

<sup>55</sup> *La sentencia*, t. II, p. 805.

<sup>56</sup> *La sentencia*, t. I, p. 266.

absoluto de los resortes del gobierno como condición indispensable para garantizar la impunidad [de los autores]<sup>57</sup>.

Los casos sobre los que versó el pronunciamiento del tribunal —que de ningún modo, según reconoce la propia sentencia, agotaron la cantidad de crímenes cometidos— integraron “...un sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas”<sup>58</sup>, el cual “suponía la secreta derogación de las normas en vigor, [y] respondió a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los comandantes militares”<sup>59</sup>.

La existencia de una estructura organizada destinada a combatir a la guerrilla subversiva al margen de la legalidad fue comprobada en la causa y es hoy indiscutible; el dominio que los comandantes ejercieron sobre aquélla, también. Como sostuvo la sentencia, sólo les bastaba ordenar el cese del sistema.

Por otra parte, cabe señalar que si bien mucho se ha debatido sobre la adecuación de la autoría mediata al Código Penal argentino —aceptándose su compatibilidad—, cabe recordar que los hechos juzgados eran de jurisdicción militar de modo que se aplicó el Código de Justicia Militar<sup>60</sup>, que consagraba un supuesto de autoría mediata.

En efecto, la regla general sobre participación remitía al Código Penal (art. 513), pero el art. 514 establecía una excepción, al otorgar carácter de autor al superior que daba una orden. La norma decía:

“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 el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Siguiendo las bases del sistema militar, en el que las órdenes se cumplen de modo cierto, la sentencia estimó que aquélla norma suponía “enrolarse en un criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación, pues se parte de la base de que el superior que imparte una orden que será obedecida domina el curso causal del suceso, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del tipo penal de que se trate, cuya ejecución está a cargo del subordinado”<sup>61</sup>.

Luego de ocuparse del desarrollo doctrinario de la autoría mediata, de tratar legislaciones militares comparadas y de analizar si los subordinados se hallaban alcanzados por la obediencia jerárquica o debida<sup>62</sup>, se concluyó que

<sup>57</sup> *La sentencia*, t. I, p. 267.

<sup>58</sup> *La sentencia*, t. I, p. 259.

<sup>59</sup> *La sentencia*, t. II, p. 264.

<sup>60</sup> Actualmente derogado (art. 1º de la ley nro. 26.394, BO 29/8/2008).

<sup>61</sup> *La sentencia*, t. II, p. 794.

<sup>62</sup> Para ello, la sentencia tuvo en cuenta “la interpretación auténtica del texto del art. 514” que realizó el art. 11 de la Ley 23.049, según el cual “el subordinado debe responder del delito cometido si tuvo capacidad decisoria, conoció la ilicitud de la orden o si ésta importaba la comisión de hechos atroces o aberrantes”. La Cámara entendió que existían subordinados que

fueran o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, “los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio de éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos”<sup>63</sup>.

Un año más tarde, al confirmar el fallo de la Cámara, la Corte Suprema de Justicia adhirió expresamente a este punto de vista, si bien lo hizo por mayoría de opiniones<sup>64</sup>.

## 2. El caso de los “guardias del Muro”

En 1994 apareció la segunda aplicación práctica de la doctrina de Roxin, ahora por parte del Tribunal Supremo alemán. En aquella oportunidad, se declaró a los miembros del Consejo de Defensa Nacional (CND) responsables como autores mediatos de las muertes que los soldados de frontera causaban a los que intentaban huir a través del muro de Berlín. Los guardias fronterizos, por su parte, habían sido condenados como autores directos de los homicidios.

El tribunal sostuvo que los acusados pertenecían a un cuerpo “... cuyas decisiones constituían los recaudos obligatorios para las órdenes básicas sobre las cuales el régimen de frontera... estaba basado... Los ejecutores de los actos que directamente condujeron a las muertes actuaron como parte de una jerarquía militar en la cual su rol fue específicamente establecido”<sup>65</sup>.

Asimismo, se afirmó que “hay casos, en los que... pese a un intermedio que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir, cuando mediante estructuras de organización el

---

no iban a ser alcanzados por la eximente de obediencia debida —ya fuera porque por su ubicación en la cadena de mandos conocieran la ilicitud del sistema, o bien, porque cometieron sin miramiento hechos atroces—, sino que serían responsables junto con quienes impartieron las órdenes objeto del proceso. La importancia del planteo radicaba, precisamente, en determinar si era posible adjudicar la autoría mediata de los comandantes o si ellos debían responder como instigadores. El punto adquiere relevancia pues si se estimaba que operaba la obediencia debida respecto de los subordinados, jugaba la autoría mediata siguiendo la tesis que sólo la admitía con un instrumento no responsable. Sin embargo, se concluyó que la autoría mediata operaba, aun en los supuestos en los que la obediencia debida quedaba excluida. Ver *La sentencia*, t. II, ps. 801/802.

<sup>63</sup> *La sentencia*, t. II, p. 802.

<sup>64</sup> Fallos 309:1689. Los ministros Caballero y Belluscio entendieron que la teoría del dominio del hecho y del autor mediato, importan una extensión del concepto de autor que lesiona el principio de legalidad, pues es necesario la realización por el autor de la acción típica (la teoría formal objetiva). Con esa inteligencia, los ex-comandantes que planificaron y ordenaron los crímenes serían cooperadores necesarios de éstos. En cambio, los ministros Fayt, Petracchi y Bacqué coincidieron en que los condenados fueron autores mediatos, por la utilización de un aparato organizado de poder, de los delitos cometidos por sus subordinados (ver Fallos cit., consids. 17 a 22 del voto de Fayt, y consid. 15 del voto conjunto de Petracchi y Bacqué).

<sup>65</sup> GDR (National Defense Council, “Generals”), BGHSt 40, 218, en AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 92.

hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares<sup>766</sup>.

Lo decisivo para determinar la autoría de los imputados fue que, como miembros de la CND, sabían que las órdenes basadas en las resoluciones emanadas del órgano que integraban, habían sido cumplidas y ejecutadas pues tenían las notificaciones de víctimas. “Ellos poseían el dominio del hecho, mientras que los soldados cuyas acciones condujeron materialmente a las muertes actuaron como subordinados dentro de una jerarquía militar en la que su papel estaba predeterminado<sup>767</sup>.”

### 3. El caso Fujimori

Más recientemente, el 7 de abril de 2009, la sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú condenó a Alberto Fujimori a 25 años de prisión<sup>68</sup>. Fue condenado como autor mediato por dominio de un aparato de poder organizado, a través del cual se ejecutaron crímenes contra la humanidad, en 1991 y 1992<sup>69</sup>, en un caso que guarda analogía con el argentino.

Como resultado del proceso de extradición, Fujimori fue acusado y condenado por un limitado número de hechos por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la Corte sostuvo que la naturaleza premeditada de los crímenes, la brutalidad con la que fueron llevados a cabo, y la clara intención del acusado de proteger a los autores materiales con leyes de amnistía, justificaban suficientemente el dictado de una condena importante. Además, los jueces establecieron que tales hechos eran parte de un plan sistemático para eliminar presuntos subversivos y constituían crímenes contra la humanidad<sup>70</sup>.

El precedente peruano adquiere, así, gran relevancia. Fujimori fue acusado en su condición de autor mediato: se trató de la persona que tomó las decisiones, diseñó las políticas e impartió las órdenes necesarias para garantizar la implementación del modelo antisubversivo. En este sentido, los jueces estimaron que “...los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los se-

<sup>66</sup> BGHSt 40, 236, en ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 62.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert, “La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, traducción por Daniel Oliver-Lalana, en VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Facultad de Derecho, UBA, La Ley, 2004, p. 208.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia de Perú, sala penal especial, EXP. nro. A.V. 19 - 2001, 7/4/2009 (en adelante, citado como “Fujimori”). Ver [www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle\\_noticia](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia)

<sup>69</sup> En concreto fue condenado por los homicidios calificados y lesiones graves en el caso de Barrios Altos (3/11/1991), por los homicidios calificados en el caso La Cantuta (18/7/1992) y por los secuestros agravados —caso Sótanos SIE— del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen (5/4/1992) y del empresario Samuel Dyer Ampudia (27/7/1992).

<sup>70</sup> BURT, Jo-Marie, “Guilty as charged: the trial of former peruvian president Alberto Fujimori for human rights violations”, *International journal of transitional justice*, 3:3, 2009, ps. 384/405. Ver <http://ijtj.oxfordjournals.org/cgi/content/full/3/3/384>.



cuestrros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un *modus operandi...*” propio, cuando menos, de la Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones delictivas, como expresión de criminalidad estatal<sup>71</sup>.

La sentencia en el caso Fujimori sustenta el criterio de responsabilidad de quien organizó el sistema y utilizó al grupo ejecutor (Destacamento Especial de Inteligencia Colina), relatando en forma detallada el desarrollo de la teoría y precisando los presupuestos y requisitos que permiten la aplicación de dicho criterio de imputación penal.

Así, el tribunal sostuvo que Fujimori “ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país...”<sup>72</sup>; como jefe supremo de las Fuerzas Armadas configuró un aparato organizado de poder y delineó las estrategias de enfrentamiento de la subversión terrorista.

En este contexto “...las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado... Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategias y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia... Los delitos de secuestro... respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen *de facto...*”<sup>73</sup>.

Asimismo, se afirmó que Fujimori era el sujeto central del poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

## VII. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

He tratado hasta acá la teoría de la autoría mediata para la imputación de un hecho al superior en supuestos de estructuras de poder. Sin embargo, este criterio no debe confundirse con la teoría de la responsabilidad del superior.

En efecto, por aplicación de esta última concepción, se atribuye responsabilidad penal al superior que omite actuar para impedir la comisión de delitos de sus subordinados. Se trata, a diferencia de la autoría mediata —conducta

<sup>71</sup> “Fujimori”, parte III, cap. II, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, párr. 748. El tribunal señaló que no hay incompatibilidad material entre las categorías de Estado Criminal y Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales, y que, por el contrario, ambas manifestaciones criminales y categorías criminológicas parten de una misma matriz etiológica: la Criminalidad de Estado.

<sup>72</sup> “Fujimori”, párr. 745.

<sup>73</sup> “Fujimori”, párr. 745.

positiva—, de un delito de omisión donde no existen órdenes ni planes criminales sino el deber de evitar el resultado.

La responsabilidad del superior funciona, en cierto sentido, como un fundamento subsidiario de responsabilidad; se aplica cuando los subordinados no actuaron bajo directivas, pero existe un orden jerárquico que hubiera podido impedir los sucesos.

### *1. La primera aplicación: el caso Yamashita*

En el juicio contra el comandante japonés Tomoyuki Yamashita, se recurrió por primera vez a la doctrina de la responsabilidad del superior. La decisión, sin embargo, recibió fuertes críticas, principalmente, por la dudosa prueba de la culpabilidad del acusado<sup>74</sup>.

Yamashita fue comandante en jefe del Ejército Imperial Japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Fue responsable de las tropas japonesas que operaron en Manila y en otras zonas de las Islas Filipinas y fue condenado por una Corte Marcial el 7/12/1945. Apeló ante la Corte Suprema de los Estados Unidos que el 4/2/1946 denegó el recurso. Conforme a la condena, Yamashita fue ahorcado<sup>75</sup>.

La acusación en su contra consistió en haber:

“...desatendi[do] ilícitamente e incumplí[do] su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades y otros graves crímenes contra ciudadanos de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas; y él, el General Tomoyuki Yamashita, violó en consecuencia las leyes de la guerra”<sup>76</sup>.

En ningún momento se alegó que él hubiera ordenado o que, de hecho, hubiera conocido las atrocidades por las que luego resultó condenado<sup>77</sup>. Yamashita no fue acusado de haber realizado él directamente ninguno de los actos que se le imputaron, ni siquiera de haberlos ordenado; fue hallado responsable por no haber impedido que sus soldados los cometieran<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Ver sobre las críticas que recibió el fallo, la síntesis que realiza AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 120, quien denomina al caso como el “difícil debut de la doctrina de la responsabilidad del superior”.

<sup>75</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 1229.

<sup>76</sup> Traducción del autor. El original en inglés dice: “...*unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of members of his command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against people of the United States and of its allies and dependencies; and he, General Tomoyuki Yamashita, thereby violated the laws of war*”, citado por FELDHAUS, J. G., “The trial of Yamashita”, en *Case and comment, The lawyer’s magazine*, mayo-junio 1947, vol. 52, nro. 3, ps. 10-13. El autor integró la Comisión de Defensa de Yamashita.

<sup>77</sup> FELDHAUS, J. G., “The trial of Yamashita”, cit., ps. 10 y ss.

<sup>78</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 1230.

La corte militar no llegó a ninguna conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y “solamente encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que Yamashita había incumplido disponer un control efectivo... tal cual lo requerían las circunstancias”<sup>79</sup>.

## 2. Casos posteriores

a) Con base en las pautas dadas en “Yamashita”, la doctrina de la responsabilidad del superior fue precisada en las decisiones de los procesos ante las cortes marciales de Estados Unidos en Nüremberg y por el IMTFE, extendiéndose la responsabilidad incluso a los superiores civiles.

Así, en el caso “US vs. Pohl *et al.*”, el tribunal con referencia a Yamashita sostuvo que:

“Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante el deber positivo de tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están bajo su mando, a efecto de prevenir actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra”<sup>80</sup>.

Asimismo, una posición de mando implica ciertas obligaciones de control y supervisión con respecto al área de competencia, admitiendo en ocasiones un criterio amplio a la hora de imputar conocimiento subjetivo al establecer que el comandante “debería haber conocido” las atrocidades cometidas por los hombres bajo su mando<sup>81</sup>.

Se estableció, por otra parte, que la obligación de supervisión disminuye en la medida en que disminuye el poder del comandante. Así, la jurisprudencia ha considerado imprescindible tener en cuenta la posición del acusado a fin de decidir sobre el grado de responsabilidad penal basado en la responsabilidad de mando<sup>82</sup>.

b) La responsabilidad del superior fue aplicada nuevamente por el TPIY, si bien, en muchos casos, los hechos atribuidos a los acusados consistían en intervenciones directas en los hechos (acciones).

En primer lugar, se estableció desde un principio en el caso “Tadic”<sup>83</sup>, que tanto la responsabilidad individual como la participación en cualquiera de las

<sup>79</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 121.

<sup>80</sup> “US v. Pohl *et al.*” (caso 4), *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. V, ps. 958-1163, citado por AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 127.

<sup>81</sup> “US v. von List *et al.*”, (caso 7), *TWC*, vol. XI, ps. 1230 y ss. también citado por AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., ps. 128 y ss.

<sup>82</sup> Ver AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 133.

<sup>83</sup> Caso “Dusko Tadic” (“Prijedor”), sentencia del 7/5/1997, párrafo 669. El acusado Tadic fue hallado culpable en 11 cargos e inocente en 9, condenado a 20 años de prisión. Ver [www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf). Las penas de prisión por los distintos cargos por los que fue hallado responsable penalmente, fueron impuestas mediante sentencia del 14/7/1997. Ver [www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf).

formas establecidas en el art. 7º del Estatuto, se basan en el derecho internacional consuetudinario<sup>84</sup>. El Tribunal efectuó una detallada investigación sobre los parámetros de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional consuetudinario, considerando, especialmente, la Carta Nüremberg y los juicios llevados adelante luego de la Segunda Guerra Mundial.

Dusko Tadic fue acusado por acciones directas en los hechos (cargos que conforme al art. 7º, inc. 1º, del Estatuto no ofrecían mayores inconvenientes, en opinión del Tribunal) y por determinados actos en los que el acusado no había cometido directamente las ofensas, pero en los que de algún modo se encontraba vinculado<sup>85</sup>.

La principal fuente para determinar si la conducta que conectaba al acusado con tales crímenes era suficiente para responsabilizarlo penalmente, estaba constituida, según el TPIY, por los juicios por crímenes de guerra de Nüremberg. En este sentido, sostuvo que de aquéllos se desprende que para atribuir responsabilidad penal se requiere intención que implica, asimismo, conocimiento del acto de participación junto con la decisión consciente de hacerlo, ya sea planeando, instigando, ordenando, cometiendo o de cualquier otro modo ayudando o alentando la comisión del crimen. La acusación debe probar que la conducta del autor contribuyó a la comisión del acto ilegal<sup>86</sup>.

Sin embargo el tribunal no exigió la presencia física en la comisión del crimen: cualquiera puede ser partícipe en la comisión de un crimen si se determina que estuvo “relacionado con el delito”, mediante actos directos y sustanciales<sup>87</sup> (entendidos como aquellos que, de hecho, tienen un efecto en la comisión del crimen<sup>88</sup>).

En el caso “Mucic”<sup>89</sup> el TPIY desarrolló por primera vez y en profundidad la doctrina de la responsabilidad del superior, estableciendo, asimismo,

<sup>84</sup> Esta posición fue luego reafirmada en el caso “Mucic *et al*” (“Celebici Camp”), sentencia del 16/11/1998, párrafo 321 y nota 332, que remiten, además, a los instrumentos internacionales que reconocen la responsabilidad penal individual de aquellos que hubieran ordenado, incitado, ayudado, alentado o participado de cualquier otra manera en los crímenes, v.gr. art. III de la Convención para la prevención y sanción del genocidio (1948); art. III de la Convención Internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); art. 4º (1) de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984). Ver [www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf).

<sup>85</sup> “Tadic”, párr. 673. Si bien en el caso no se aplicó la teoría de la responsabilidad del superior, el precedente enuncia criterios de importancia que merecen ser examinados rápidamente.

<sup>86</sup> “Tadic”, párr. 674.

<sup>87</sup> “Tadic”, párr. 691.

<sup>88</sup> “Tadic”, párr. 688. El Tribunal se basó en el Proyecto de Crímenes de contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1996 (“Proyecto de Código de 1996”) de la Comisión de Derecho Internacional.

<sup>89</sup> Anteriormente citado, ver nota 84.

sus elementos esenciales<sup>90</sup>. En este sentido, consideró que la responsabilidad penal individual del Estatuto no estaba limitada a aquellos sujetos que hubieran cometido directamente los crímenes sino que “toda persona que participe en el planeamiento, la preparación o la ejecución de graves violaciones al derecho humanitario internacional en la ex-Yugoslavia contribuye a la comisión de la violación y es, en consecuencia, individualmente responsable”<sup>91</sup>.

Asimismo, reiterando los criterios aplicados en “Tadic”, señaló que para que exista responsabilidad penal individual en orden a los delitos previstos por el Estatuto, aún cuando el autor no participe de la ejecución de aquéllos, debe existir un acto de participación que “de hecho contribuya o tenga un efecto en la comisión del delito” (*actus reus*) y la correspondiente intención (*mens rea*), que se verifica en el conocimiento de la realización de tal acto, conjuntamente con la decisión consciente de participar planeando, instigando, ordenando, cometiendo o de otro modo ayudando o alentando la comisión del delito<sup>92</sup>.

El tribunal distinguió entre “los dos tipos de responsabilidad del superior”. Mientras que la responsabilidad penal del superior por actos positivos se sigue de los principios generales, existirá responsabilidad penal de los superiores por no adoptar las medidas necesarias para prevenir o para reprimir la conducta ilegal de sus subordinados, sólo cuando exista una obligación legal de actuar. Las bases de tal responsabilidad están dadas por el art. 87 del Protocolo Adicional I que impone a los superiores el deber de prevenir que sus subordinados cometan actos violatorios del derecho humanitario internacional.

El TPIY extrajo del art. 7º (3) del Estatuto, los elementos esenciales de la responsabilidad de mando, a saber:

- i) La existencia de una relación superior-subordinado<sup>93</sup>,
- ii) El superior sabía o tenía razón para saber que un acto criminal estaba a punto de cometerse o se había cometido; y

<sup>90</sup> Además de la alegada responsabilidad penal por la participación personal en diversos hechos, en este caso, tres de los imputados fueron acusados como superiores por los actos criminales cometidos por sus subordinados. El tribunal alude indistintamente a los términos responsabilidad de mando o responsabilidad del superior, ver párr. 331 y nota 343.

<sup>91</sup> Conf. Informe del Secretario General conforme al segundo párrafo de la res. del Consejo de Seguridad 808, con motivo del establecimiento de un tribunal internacional para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia desde 1991. Traducción del autor, el texto original dice “*all persons who participate in the planning, preparation or execution of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia contribute to the commission of the violation and are, therefore, individually responsible*”. Ver “Mucic” párr. 319.

<sup>92</sup> “Mucic”, párr. 326 y ss.

<sup>93</sup> Respecto de la existencia de una relación superior-subordinado, el TPIY admitió la postura del Fiscal en cuanto a que “individuos en posiciones de autoridad, ya sea dentro de estructuras civiles o militares, pueden incurrir en responsabilidad penal bajo la doctrina de la responsabilidad de mando sobre la base de su posición de superior *de facto* así como también de jure. La mera ausencia de una autoridad legal formal para el control de las acciones de subordinados no debería, en consecuencia, entenderse como un impedimento para imponer tal responsabilidad”.

iii) El superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o para castigar a su ejecutor<sup>94</sup>.

Se estableció que, a los fines de la aplicación de esta teoría, el superior es aquella persona que posee un control efectivo sobre quienes cometen las violaciones al derecho humanitario internacional.

Asimismo, se afirmó que en ausencia de prueba directa sobre el conocimiento de los hechos cometidos por los subordinados, tal conocimiento no puede presumirse pero sí puede ser establecido mediante prueba circunstancial, para lo cual pueden tenerse en cuenta la cantidad, el tipo y alcance de los actos cometidos; el tiempo durante el cual tales actos ocurrieron; los oficiales y personal involucrados; la ubicación del superior en ese momento, entre otros.

La doctrina de “Mucic” fue aplicada en el caso “Kunarac”<sup>95</sup>. Si bien allí, finalmente, el acusado no fue considerado responsable en los términos del art. 7° (3) del Estatuto, en tanto no se tuvo por probado a juicio del tribunal, que los soldados que cometieron los crímenes imputados “estuvieran, al momento de cometerlos, bajo el control efectivo de Kunarac”, sí se demostró que aquél tuvo un rol principal en la organización e influyó sustancialmente sobre los ejecutores —además de la condena por su participación directa en determinados hechos—.

La doctrina de la responsabilidad del superior se aplicaría nuevamente en el caso “Kordic & Cerkez”<sup>96</sup>. Allí, se sostuvo que ésta es una forma indirecta de responsabilidad ya que no responde a una participación directa del superior en la comisión de un crimen. Es así que se consideró que cuando un superior no sólo sabía o tenía motivos para saber sobre los delitos de sus subordinados, sino que además planeó, instigó, ordenó o ayudó en la ejecución de tales hechos, corresponde aplicar el art. 7° (1) del Estatuto pues es más apropiado para caracterizar su responsabilidad.

Por su parte en “Blaskic”<sup>97</sup> el tribunal se pronunció a favor de la aplicación concurrente de ambas normas, arts. 7°(1) y 7°(3) del Estatuto. En efecto, se sostuvo que la omisión de castigar crímenes pasados no sólo puede dar lugar a responsabilidad del superior en los términos del art. 7° (3) sino también

<sup>94</sup> “Mucic”, párr. 346. “*From the text of article 7(3) it is thus possible to identify the essential elements of command responsibility for failure to act as follows:*

(i) *the existence of a superior-subordinate relationship;*  
 (ii) *the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; and*  
 (iii) *the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof”.*

<sup>95</sup> Caso “Kunarac *et al*” (“Foca”), Sentencia del 22/2/2001. Ver [www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf).

<sup>96</sup> Caso “Kordic & Cerkez” (“Lasva Valley”), Sentencia del 26/2/2001. Ver [www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf).

<sup>97</sup> Caso “Tihomir Blaskic” (“Lasva Valley”), Sentencia del 3/3/2000.

puede ser la base para aplicar el art. 7º (1), por “ayudar y alentar” o “instigar” la comisión de más delitos.

Los criterios de la responsabilidad de mando también fueron aplicados en los casos “Krnjelac”, “Naletilic & Martinovic”, “Brdanin”, “Mrksic”<sup>98</sup>, entre muchos otros.

c) Si bien la jurisprudencia internacional no establece con precisión a qué nivel jerárquico debe pertenecer el superior, en general, se exige que se trate de un miembro de nivel de conducción, con facultades de control efectivo<sup>99</sup>.

El resultado delictivo le es imputado al superior porque tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados o los desconocía por negligencia, y porque no tomó ninguna contramedida, teniendo la posibilidad de hacerlo.

Estos criterios fueron introducidos en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12/8/1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8/6/1977 (arts. 86 y 87)<sup>100</sup> y, finalmente, la responsabilidad del superior fue receptada, en los términos expuestos, en el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Casos “Krnjelac” (“Foca”), sentencia del 15/3/2002, “Naletilic & Martinovic” (“Tuta and Stela”), sentencia del 31/3/2003; “Radoslav Brdanin” (“Trajina”), sentencia del 1/9/2004; “Mrksic *et al*” (“Vukovar Hospital”), sentencia del 27/9/2007;

<sup>99</sup> AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Honrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 303.

<sup>100</sup> El art. 86 dispone que “2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.” (sin destacado en el original). Por su parte, el art. 87 alude a los “deberes de los jefes” y dispone que las partes “...exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes” (inc. 1º) y que “... obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones” (inc. 3º).

<sup>101</sup> La norma establece que “a) El jefe militar o el 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 la compe-

## VII. CONCLUSIONES

Los principales objetivos de Naciones Unidas, recogidos en las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fueron gradualmente incorporados en las convenciones internacionales y en el derecho interno de los estados, creándose un nuevo orden jurídico internacional, que comenzó a estructurarse de modo robusto recién en la última década del siglo pasado.

De allí que no se puede dejar de lado el contexto social, político y jurídico de la época en que se desarrolló el “juicio a las juntas”. Una democracia incipiente, después de 50 años de alternancias entre gobiernos civiles y militares, sobre cuyo destino no había ninguna certeza, dificultaba la tarea de llevar adelante juicios contra quienes hubieran violado los derechos humanos en la represión de la guerrilla<sup>102</sup>.

Asimismo, tal como he afirmado en otra oportunidad<sup>103</sup>, en aquel entonces, el desarrollo de las reglas y precedentes internacionales sobre el particular era muy escaso y no existían decisiones judiciales que mencionaran los conceptos que hoy son comunes en la materia (delitos de lesa humanidad, *ius cogens*, imprescriptibilidad, obligaciones internacionales de los estados). Entre estos conceptos se encuentra la tesis de la autoría mediata que carecía de aplicación hasta ese momento.

Por otra parte, las Convenciones de Derechos Humanos recién fueron ratificadas y entraron en vigencia en los primeros años de la democracia. Esta incorporación tuvo una gran importancia para el desarrollo de los acontecimientos futuros, pero en aquella época, como dijera, éste era incierto.

La experiencia argentina ha efectuado muchos aportes positivos, vinculados con la afirmación de valores y principios, ha servido de ejemplo para otros países y ha dejado al descubierto, también, las dificultades que presenta el juzgamiento de los responsables por violaciones masivas de derechos humanos.

Entre aquellas trascendentes contribuciones, como ha quedado expuesto, se encuentra el criterio de autoría utilizado para responsabilizar a quienes

---

tencia 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”.

<sup>102</sup> Además, los miembros de las fuerzas armadas que debían ser juzgados seguían en actividad.

<sup>103</sup> GIL LAVEDRA, Ricardo, “El papel de los Tribunales Penales de Argentina”, en ALMQVIST, Jessica - ESPÓSITO, Carlos (coord.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Cuadernos y Debates, nro. 199, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.



“desde atrás” ordenaron la comisión de hechos aberrantes<sup>104</sup>. Esta forma de responsabilidad debe distinguirse nítidamente de la llamada “responsabilidad del superior“, en la que no se utiliza el aparato organizacional para impedir la ejecución de los crímenes. Por ambas vías, el derecho internacional de los derechos humanos intenta prevenir y castigar la realización de hechos que no sólo conmueven la conciencia de la humanidad, sino que atentan contra la paz y la seguridad de las naciones.

<sup>104</sup> Ídem.