

Prueba indiciaria y macrocriminalidad.

Estándares probatorios en los crímenes contra la humanidad

Pablo V. Fermento*

1. Introducción

El presente trabajo propone una aproximación al concepto de prueba indiciaria, con la aspiración de examinar el modo y los alcances con que dicho instituto es recogido en materia de investigación y juzgamiento de delitos cometidos por aparatos organizados de poder (según la denominación empleada por Roxin¹), tomando como referencia la jurisprudencia sobre crímenes contra la humanidad.

Si se piensa al derecho penal como una tensión permanente entre impulsos de *cambio* (frente a nuevos intereses y necesidades sociales) y de *conservación* (frente al poder punitivo estatal), en el campo de la criminalidad organizada esta tensión presenta algunas singularidades que vale pena analizar. Por una parte, la complejidad de la actividad criminal de los aparatos organizados de poder y su facilidad para asegurar su impunidad, generan el desafío de redefinir la mirada sobre el fenómeno delictivo y las formas de investigación y comprobación. Como contrapartida, el desdibujamiento de garantías individuales so pretexto de combatir el “crimen organizado”, crea el riesgo de un desborde de la potencia punitiva estatal sobre sectores de la población definidos bajo etiquetamientos estigmatizantes y difusos, tales como los de *peligro* o *enemigo* social.

En el marco de esta tensión, la definición de un concepto tan abierto como el de prueba indiciaria se convierte en un campo polémico, en el que el poder simbólico del discurso académico y la capacidad performativa de las decisiones judiciales, lo hacen operar como un *comodín* para jugar entre tres variables: lo que existe y no se ve; lo que existe y no debe verse; y lo que no existe pero debe verse. En otras palabras, el rechazo arbitrario de la categoría de prueba indiciaria puede operar para asegurar que aquellas prácticas criminales complejas que existen pero no se perciben de forma directa, permanezcan en situación de impunidad. Como contrapartida, una admisión arbitraria de la prueba indiciaria habilita a que actividades inexistentes, o no susceptibles de ser calificadas como ilícitas, se perciban como prácticas criminales.

* Auxiliar Fiscal de la Unidad Fiscal de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado de Bahía Blanca, del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

¹ Roxin, C., *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193-207.

En lo expuesto reside la importancia de una conceptualización clara y precisa de lo que debe entenderse –y aceptarse– como un medio legítimo de prueba procesal, basado en la reunión y valoración de indicios.

2. La prueba indirecta

En el uso corriente, suele equipararse el concepto de prueba indiciaria al de prueba indirecta, para referir a aquellos supuestos en los que el objeto de acreditación no es el hecho investigado como tal, sino un hecho distinto en relación al cual aquel primero resulta una consecuencia o derivación lógica. Por el contrario, se habla de prueba directa para aludir a aquellos elementos que demuestran de modo directo e inmediato el propio hecho controvertido. Sin embargo, a medida que indagamos sobre el proceso intelectual que conforma la actividad de valoración de la prueba, aquella distinción comienza a perder claridad, y se vislumbra el riesgo de quedar atrapados en marcos o esquemas conceptuales rígidos, que no aportan ninguna utilidad práctica.

Para ilustrar lo señalado, se tomará como punto de partida un primer grupo de definiciones. Para Carnelutti, “[l]as pruebas se distinguen en *directas* o *indirectas*, según que *estén constituidas por el objeto mismo que debe ser conocido, o por un objeto distinto de él*”.² Por su parte, Devis Echandía señala que en la prueba directa “existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de prueba”, de modo que “el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba”. En cambio, la prueba indirecta se configura “cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juzgador sólo percibe el segundo y de éste induce indirecta o mediatamente la existencia del primero”.³

Si se toman tales criterios de clasificación de forma literal, en la prueba directa lo que se propone es una identificación entre la prueba y el hecho probado. Con ello, desde una primera lectura, aquellas definiciones se alejan del sentido bosquejado en el párrafo inicial del presente apartado, toda vez que confunden el instrumento probatorio (medio) con el hecho del que éstos dan cuenta (objeto), y con ello, exigen que éste último acaezca o se manifieste en presencia del juez o bajo su percepción

² Carnelutti, F., *Instituciones del Proceso Civil*, volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 259. Itálicas en el original.

³ Devis Echandía, H., *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Temis, Bogotá, 2002, p. 498.

directa, de modo que la producción de la prueba coincida con la realización del hecho que se pretenda probar.

No obstante, Carnelutti luego toma distancia de esta interpretación, al exponer otras clasificaciones que proveen una idea más clara de las distintas relaciones que pueden presentarse entre ambos elementos. Así, distingue entre *prueba histórica* o *crítica* “según que *sean idóneas o no para representar el objeto que hay que conocer*, esto es, para suministrar su imagen a quien debe conocerlo...”, lo que ilustra con el siguiente ejemplo: “prueba histórica es una fotografía en la cual puede verse el cuerpo de la persona herida; prueba crítica lo será un vestido del cual se puede argüir que ha sido herida...”.⁴ Puede observarse que aquí ya aparece una distinción entre la situación de llevar ante el juzgador una reproducción directa del hecho histórico controvertido, y la de proporcionar un *argumento de verificación*, supuesto que –independientemente de las denominaciones empleadas– nos acerca a la descripción de prueba indiciaria practicada inicialmente.

Como conclusión provisoria, puede pasarse en limpio: si quiere darse con un aspecto diferencial entre las relaciones que pueden generarse entre la prueba y el hecho probado, tales vínculos pueden analizarse observando la conjugación del medio probatorio –instrumento, soporte o contenedor– con el sustrato fáctico –objeto o contenido–, o bien focalizándonos en este último plano, para indagar sobre la conexión entre los hechos indicados, contenidos, afirmados o constatados a través del elemento de prueba y el hecho histórico controvertido. Es en ese escenario, donde podremos plantear que la relación entre dos o más hechos es más o menos directa.

Se pasará, ahora, a considerar una segunda clase de definición brindada por la doctrina, en la que la diferenciación señalada aparece claramente explicitada. Se trata del concepto de prueba ofrecido por Bentham⁵:

...se entiende por ella un hecho supuesto verdadero, que se considera como que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia ó no existencia de otro hecho.

...toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: el uno que podemos llamar el *hecho principal*, el que se trata de probar que existe o que no existe, el otro el *hecho probatorio*, el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal.

Toda decisión fundada en una prueba procede, pues, por vía de conclusión. *Dado tal hecho, concluyo que existe tal otro.*

⁴ Carnelutti, F., *op. cit.*, p. 260.

⁵ Bentham, J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, tomo I, Bossange Freres, Paris, 1825, pp. 19-20, itálicas en el original.

Puede observarse que para Bentham –a diferencia de las anteriores definiciones– la prueba consiste, por definición, en una relación intelectual entre dos o más hechos distintos. A su vez, el autor distingue entre las formas en que un hecho puede servir como carácter de prueba: de modo *directo* si está directamente enlazado con el hecho que se quiere probar, e *indirecto*, si no lo está⁶.

La variación de una postura a otra es un dato útil para desmitificar una idea bastante arraigada en la práctica forense para descalificar *a priori* medios probatorios por no ser de carácter directo (en el primer sentido analizado), sin detenerse en su fuerza real de acreditación (el peso de las razones). Como contrapropuesta, no existe una suerte de prueba absoluta, mágica o perfecta, en la que el hecho histórico controvertido aparezca, en esencia, contenido en su interior como tal, de modo que excluya –por superfluo e innecesario– todo tipo de actividad racional interpretativa.

En este sentido, Muñoz Sabaté resalta el carácter inferencial de todo proceso de valoración de la prueba, al tiempo que advierte que hablar de *pruebas de presunciones* o *por presunciones* constituye una redundancia, lo que explica del siguiente modo: “[s]e presume aquello que no consigue alcanzarse con una evidencia absoluta, y puesto que ninguna prueba es capaz de proporcionárnosla, decimos que en definitiva toda prueba se basa en meras presunciones”.⁷

La desmitificación planteada no implica sostener que la conexión entre dos o más hechos tenga siempre la misma fuerza o intensidad, distinción que permite predicar sobre la eficacia o fuerza probatoria de determinados instrumentos o medios. Sin embargo, dicha eficacia no dependerá siempre ni en la *distancia* que exista entre los hechos en cuestión (en función de los hechos intermedios)⁸ ni en la *cantidad* de indicios, siendo lo esencial indagar en la solidez de las premisas y en la fuerza, peso o grado de aceptación que revistan las reglas de inferencia que conecten unas con otras⁹.

Dicho lo anterior, en lo que sigue se analizarán los distintos tipos de razonamiento que conectan una proposición (objeto de la prueba) con otra (hecho controvertido), con la intención de poner de relieve una segunda tendencia de mitificación: que el razonamiento inductivo no es un fundamento probatorio válido.

⁶ *Op. cit.*, p. 26.

⁷ Muñoz Sabaté, L., *Técnica Probatoria*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 169-176, itálicas en el original.

⁸ *Op. cit.*, p. 190.

⁹ *Op. cit.*, p.192, itálicas en el original.

3. Razonamiento deductivo e inductivo

Existe en la doctrina un debate acerca de la naturaleza del procedimiento intelectual detrás de la prueba indiciaria. Para un grupo, dicha estructura lógica expresa un razonamiento deductivo, mientras para el otro es de carácter inductivo¹⁰.

Para avanzar en el interrogante, y a fin de profundizar las características que definen a cada tipo de razonamiento y los criterios que permiten distinguirlos entre sí, se partirá de las ideas de Copy y Cohen. Para estos autores, únicamente en el argumento deductivo “las premisas y la conclusión están relacionadas de tal modo que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas a menos que la conclusión también lo sea”¹¹. En cambio, el argumento inductivo aspira, no ya a brindar una evidencia absoluta o un fundamento de verdad, sino solamente un apoyo, cuya magnitud descansa en el grado de verosimilitud o probabilidades que sus premisas confieran a sus conclusiones; aunque “esa probabilidad, aun cuando las premisas sean todas verdaderas, está bastante lejos de la certeza”¹².

Una interpretación apresurada de estas ideas podría conducir a identificar al razonamiento deductivo con verdades categóricas, y al inductivo con probabilidades falibles. Sin embargo, como medir la fuerza de un razonamiento deductivo exige preguntarse por el valor de verdad de las premisas, cabe indagar acerca de cómo se construye la regla de inferencia (premisa mayor) que conduce a la premisa menor hacia la conclusión. En palabras de Toulmin, “[l]o que se necesita son enunciados hipotéticos, de carácter general, que actúen como puente entre unos y otros, legitimando el tipo de paso que el argumento en particular que hemos enunciado nos obliga a dar”¹³. Toulmin llama a este tipo de proposiciones *garantías*, describiéndolas como *estándares prácticos* o *cánones de argumentos*.

En este punto, el autor propone un análisis de los usos lingüísticos habituales en la argumentación que se alejan de la tradición lógica formal, diferenciando entre *argumentos que hacen uso de garantías* y los que *establecen garantías*. En sus palabras, los primeros –a los que asocia con el concepto de *deducción*– recurren a alguna garantía cuya aceptabilidad se da por supuesta, mientras que en los segundos –vinculados a la *inducción*– se propone la aceptabilidad de una nueva garantía “mediante

¹⁰ Según Muñoz Sabaté, entre los primeros están Lessona, Pothier, Domat, Planiol y Caravantes, mientras que entre quienes sostienen el carácter inductivo se encuentran Fabreguettes, Geny, Bonnier, Wigmore, Rocco, Redenti, López Moreno y Bentham (*op. cit.*, p. 187).

¹¹ Copy, I. M. y Cohen, C., *Introducción a la Lógica*, Limusa, México, 2007, p. 70-71.

¹² *Loc. cit.*

¹³ Toulmin, S. E., *Los Usos de la Argumentación*, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p.134.

su aplicación sucesiva a una serie de casos en los que tanto los «datos» como la «conclusión» hayan sido verificados de modo independiente”. En este caso, “...es en la garantía –y no en la conclusión– donde radica la novedad y por tanto es eso lo que debe probarse”.¹⁴ Respecto a este procedimiento inductivo de establecimiento de garantías, explica Toulmin:

Sir Isaac Newton, por ejemplo, habla por lo general de «transformar una proposición general por inducción», con lo que quiere decir que podemos «usar nuestras observaciones acerca de la regularidad y correlaciones que hemos observado como respaldo para una garantía nueva» ...se comienza por establecer que una relación determinada funciona en un cierto número de casos y entonces, «transformándola en general por inducción», se extiende su aplicación a nuevos ejemplos mientras esto pueda hacerse con éxito... se debe descubrir en qué circunstancias las presunciones establecidas por la garantía quedan anuladas o son susceptibles de ser refutadas... ese principio general así obtenido se aplica como regla de deducción a otras situaciones con el fin de sacar nuevas conclusiones de los datos disponibles.¹⁵

Lo dicho permite perfilar el procedimiento de valoración de la prueba como un proceso dinámico y complejo en el que las formas de razonamiento deductivo e inductivo –e incluso analógico– constituyen distintos momentos que se complementan entre sí: el razonamiento inductivo sobre una serie de observaciones proporciona pautas para la realización de inferencias (establecimiento de garantías), y estas inferencias permiten efectuar conclusiones a partir de su aplicación a nuevas premisas (razonamiento deductivo). Con ello, la negación por definición de alguno de aquellos momentos determina la obtención de un cuadro sesgado del fenómeno valorativo.

De esta forma, la perspectiva de Toulmin pone de manifiesto la importancia que reviste la actividad inductiva en torno a la interpretación de la realidad (en nuestro caso, la criminalidad compleja), a la vez que permite hablar de reglas aceptadas en lugar de verdades absolutas. Se trata de un esquema que se adapta mejor a los casos de verdades “categóricas” que con el tiempo dejaron de serlo (v.g. el carácter plano de la tierra). La eficacia de una garantía varía, en función de las circunstancias de tiempo, de lugar y –siguiendo a Toulmin– del campo de la argumentación en cuestión.

Trasladado lo dicho al concepto de prueba directa, podría sostenerse que la eficacia probatoria que se le adjudica –como prueba por antonomasia– radica en el alto grado de aceptación de la regla que postula que «*lo que percibimos con nuestros sentidos es lo real*», más allá de la incidencia de otros factores propios del contexto –en nuestro caso– de un litigio judicial, como sucede –verbigracia– con las condiciones

¹⁴ *Op. cit.*, p. 161-162.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 163.

personales del testigo, en el marco de lo que Muñoz Sabaté denomina *presunciones de medio*¹⁶.

A partir de lo expuesto, pueden esbozarse diferentes nociones de prueba indiciaria.

a) Su asimilación al concepto de prueba indirecta. En este caso, la prueba directa se identificaría con el modelo de *argumento corto*, en el que la premisa (aportada por el medio probatorio) derivaría en una conclusión (el hecho histórico controvertido), a través de la aplicación de una garantía. En cambio, en la prueba indirecta, se conformaría una estructura argumentativa secuencial, en donde la conclusión de cada argumento funcionaría como premisa del argumento siguiente. A este último procedimiento complejo se adscribiría la prueba indiciaria.

b) Su identificación con el tipo de supuesto en el que, en lugar de configurarse una secuencia de argumentos conectados –como en el caso anterior–, lo que se presenta es una acumulación de premisas, las cuales –aunque independientes entre sí– desembocan, a través de sus propias reglas de inferencia, en una misma conclusión. En estos casos, el termino *indicio* pasa a aludir a cada una de tales las premisas, con la característica adicional de que, más allá del relativo alcance convicto que cada una de ellas consideradas de manera aislada pudiera tener, es el concurso entre las mismas lo que genera una acumulación de peso¹⁷.

c) su asociación con el procedimiento complejo al que se aludió anteriormente, compuesto por dos instancias: la primera, en la cual se observan, comparan y clasifican las premisas, y se corroboran las correlaciones y regularidades detectadas (momento inductivo); y la segunda, en la que se emplean dichos patrones como garantía de una inferencia (momento deductivo).

En lo que continúa, se perfilará esta última definición en el marco de la investigación del accionar delictivo de los aparatos organizados de poder.

4. El razonamiento inductivo en la valoración de la actividad delictiva.

Los aparatos organizados de poder como tipos ideales

Resultan peculiares las distintas formas con que el razonamiento de tipo inductivo se inserta en la actividad judicial de valoración de la prueba.

¹⁶ Muñoz Sabaté, L., *op. cit.*, p. 183 y ss.

¹⁷ En el mismo sentido, Muñoz Sabaté distingue entre *fenómenos de concatenación* y *de acumulación*, señalando respecto a estos últimos: “cuando tenemos una buena cantidad de argumentos que convergen para reforzarse recíprocamente, puede convertirse en algo muy poderoso” (*Loc. Cit.*).

En los procedimientos civiles, este tipo de modelo tiene una menor presencia. Por el predominio del principio dispositivo, el universo de circunstancias fácticas que el juez valora se encuentra acotado a lo introducido por las partes o a través de las limitadas facultades para actuar de oficio.

En los procesos penales, la inserción del razonamiento inductivo ofrece diferentes dimensiones, según la etapa procesal. Invirtiendo el orden cronológico, en la etapa de juicio la relación del juez con el universo probatorio brinda un escenario semejante al del proceso civil, aunque cualificado por principios y garantías constitucionales y legales específicos, y conforme las reglas de la sana crítica (art. 398 del C.P.P.N.)¹⁸.

Es, en cambio, en la etapa de instrucción donde la inducción adquiere una mayor expresión, pues en ella, juez y/o fiscal (según el modelo procesal) no sólo investigan, sino que tienen el *deber* de hacerlo, siempre respetando el cúmulo de principios y garantías legales y constitucionales. En esa labor, habrán de colectarse e incorporarse, a través de la disposición de medidas probatorias, los indicios (premisas) necesarios para aproximarse, de modo concluyente, a una realidad histórica. Como correlato, las facultades de producir, observar, comparar y clasificar premisas se ven amplificadas y, en ese ámbito, se vislumbra la posibilidad de abrir cauce a la confección y reproducción intelectual de pautas de inferencia.

Cuando la actividad delictiva adquiere determinados niveles de complejidad, este procedimiento intelectual que, a primera vista, podría concebirse como demasiado pretencioso, trasciende los cauces de cualquier proceso judicial en particular, y se instala en el campo de la doctrina y la jurisprudencia, bajo denominaciones tales como *fenómeno criminal complejo* o *macrocriminalidad*. El conocimiento reunido bajo este tipo de nociones –que se abren camino en el lenguaje doctrinario, jurisprudencial y normativo¹⁹– consiste en una construcción abstracta, resultado del abordaje inductivo de las distintas y reiteradas expresiones delictivas

¹⁸ Según Velez Mariconde, “la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos, como las relativas al cuerpo del delito, ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad; en principio, todo se puede probar y por cualquier medio y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común” (*Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner-Editora, Córdoba, tercera edición, 1986, pp. 361-363).

¹⁹ En los distintos acuerdos celebrados con otros Estados para combatir diferentes delitos de gravedad (v.g. leyes Ley 25.597, 24.089, 25.774, 24.679 y 24.530), se emplean expresiones tales como “formas de criminalidad”, “criminalidad organizada”, “fenómeno del uso de los narcóticos” o “fenómeno de las drogas”.

observables como hechos sociales, que funciona como herramienta teórica, no sólo para plantear discusiones y realizar propuestas en el plano de la dogmática jurídico-penal, sino para extraer, comprobar y exponer –a partir de las correlaciones y regularidades registradas– pautas y reglas de inferencia, trasladables y aplicables, en determinadas condiciones, a los casos bajo consideración en juicio.

En aquel contexto de inducción, los procesos de investigación judicial adquieren un lugar central, como marco de experiencia en el que, no sólo se ponen en juego las pautas y modelos más o menos vigentes, sino que se someten a crítica las viejas premisas y se generan nuevas, en un proceso dinámico que se proyecta en el tiempo. En este marco, las construcciones teóricas-explicativas convergentes en la noción de *macrocriminalidad* remiten a los *tipos ideales* weberianos, entendidos éstos como procedimientos para la formación de conceptos históricos, específicos y rigurosos, a partir de una acentuación de los aspectos racionales de la realidad, en procura de una visión unívoca y coherente, a fin de abordar el estudio causal de fenómenos históricos-sociales y comprenderlos por comparación y empleo del pensamiento analógico, a través del análisis en la participación o correspondencia de partes o propiedades²⁰.

En esta categoría puede adscribirse la autoría por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, o dominio de organización (*Organisationsherrschaft*). Al respecto, entiende Roxin que “en una organización delictiva los hombres de atrás [Hintermänner], que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables”.²¹ Para que dicha responsabilidad pueda configurarse, el autor señala una serie de condiciones (poder de mando, desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, fungibilidad del ejecutor y una considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor) que, si bien se observa, actúan como *garantía* en el

²⁰ Archenti, N. y Aznar, L., *Actualidad del pensamiento sociopolítico clásico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1996, pp. 89-113.

²¹ Roxin, C., *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Revista penal, ISSN 1138-9168, Nº 18, 2006, págs. 242-248, Disponible en el sitio web oficial de la Société Internationale De Defense Sociale Pour Une Politique Criminelle Humaniste en: <http://www.defensesociale.org/xvicongreso/usb%20congreso/2%C2%AA%20Jornada/02.%20Panel%207/3.%20Roxin.%20C.Dominio%20de%20organizacion.pdf>

razonamiento, construidas en función del modo en que “incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás”.²²

Es la observación de una serie de expresiones delictivas, lo que permite registrar aspectos comunes que operan –en tales casos– como condición de desarrollo y eficacia del plan delictivo. Únicamente frente a dicho bagaje empírico –en el que la justicia desempeña un rol preponderante– podemos discutir el grado de acierto de la propuesta teórica de Roxin, y el nivel de semejanza de los fenómenos criminales reales respecto al modelo ideal de organización criminal propuesto. En este aspecto, el razonamiento inductivo representa una herramienta indispensable.

Naturalmente, a este plano de elaboración de garantías no resulta ajena la actividad judicial, por un lado, a través de las decisiones judiciales en las que el razonamiento de Roxin es aplicado con carácter performativo y estableciendo precedente, y por otro, en lo que concierne a la actividad de investigación judicial, con facultades y recursos para desentramar el funcionamiento de organizaciones criminales, superiores a las de otros ámbitos de investigación. La confección de tipos-ideales en el derecho penal, deviene así en un diálogo continuo y permanente entre investigación judicial, jurisprudencia y doctrina.

5. Los estándares probatorios en los crímenes contra la humanidad

En lo que respecta a la actividad probatoria, la caracterización de los aparatos de poder y el dominio de organización como forma de autoría ha sido un importante aporte para conocer *qué* es lo que debe probarse frente a la macrocriminalidad, aunque sólo ha fijado el punto de partida en cuanto a *cómo* puede conseguir probárselo.

En este último aspecto, un interesante complemento puede hallarse en la jurisprudencia sobre delitos de lesa humanidad, ámbito en el que se han ido estableciendo estándares y criterios probatorios entre los cuales la prueba indiciaria fue adquiriendo cierta relevancia.

Si bien no es correcta la afirmación de Roxin acerca de que la figura jurídica del dominio de organización “fue invocada en los años ochenta del siglo pasado en la condena de la Junta General argentina”²³ –puesto que la célebre sentencia de Cámara Federal se basó en la teoría del comandante–, es innegable el grado de recepción que

²² *Loc. cit.*

²³ *Loc. cit.*

aquella teoría tuvo con posterioridad en la jurisprudencia argentina sobre crímenes contra la humanidad.

En el caso argentino, las cuatro condiciones exigidas para la configuración de la autoría por dominio de organización alcanzaron una considerable expresión, a punto tal que las diferentes notas organizativas llegaron a instrumentalizarse en cuerpos normativos (leyes, estatutos, reglamentos y planes militares), que declararon el contenido del plan criminal (bajo la denominación de *lucha contra la subversión*) y establecieron las pautas orgánicas y funcionales para su concreción. Otro registro fundamental en el mismo sentido, está dado por los archivos de los organismos de inteligencia estatales, que reproducen parte del esquema de vigilancia y persecución de la población, y de la actividad operacional delictiva.²⁴

Bajo el reconocimiento de la complejidad de la empresa criminal estatal y las dificultades que afrontan los esfuerzos de investigación, ya en la mencionada sentencia de la causa 13/84²⁵ comenzaron a perfilarse estándares probatorios que partieron de la detección de un *modo criminal*. En este sentido, se alude allí a descripciones como la siguiente:

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... el personal subordinado a los procesados detuvo a gran cantidad de personas, las alojó clandestinamente en unidades militares o en lugares bajo dependencia de las fuerzas armadas, las interrogó con torturas, las mantuvo en cautiverio sufriendo condiciones inhumanas de vida y alojamiento y, finalmente, o se las legalizó poniéndolas a disposición de la justicia o del Poder Ejecutivo Nacional, se las puso en libertad, o bien se las eliminó físicamente²⁶.

²⁴ Cabe hacer referencia a los esfuerzos del aparato organizado de poder por destruir todo asiento documental comprometedor: el 23 de noviembre de 1983, el entonces Comando en Jefe del Ejército, ordenó por radiograma la destrucción de la documentación en poder de las fuerzas militares y de seguridad, que guardaran relación con la *lucha contra la subversión*.

²⁵ Causa n° 13/84, caratulada “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Cámara Federal de Apelaciones de Capital Federal, 9/12/1985, disponible en el sitio web de revista Pensamiento Penal en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01122008/historicos02.pdf>

²⁶ En la misma causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también diferenció las distintas conductas que integraron la modalidad delictiva: “...a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la

Otro de los aspectos destacados por la sentencia fueron las prácticas sistemáticas para asegurar la impunidad:

De las pruebas analizadas... se desprende que los procesados deliberadamente ocultaron lo que sucedía, a los jueces, a los familiares de las víctimas, a entidades y organizaciones nacionales y extranjeras, a la Iglesia, a gobiernos de países extranjeros y, en fin, a la sociedad toda.

Esta garantía de impunidad para los autores materiales de los procedimientos ilegales, a través del ocultamiento de prueba, de la omisión de denuncia y de la falsedad o reticencia en las informaciones dadas a los jueces, constituyó un presupuesto ineludible del método ordenado. Integró también la impunidad asegurada, la no interferencia de las autoridades encargadas de prevenir los delitos, la que también dependía operacionalmente de los enjuiciados.

Tales observaciones derivaron en la inserción de los aspectos modales, mecánicos y/o sistemáticos del fenómeno criminal en la categoría de hechos notorios.

De esta forma, para la sentencia:

Es un hecho notorio –tanto como la existencia del terrorismo– que en el período que comprenden los hechos imputados desaparecían personas; existían lugares clandestinos de detención dependientes de las Fuerzas Armadas; personal uniformado efectuaba permanentes “procedimientos” de detención, allanamientos, y requisas, sin que luego se tuviera noticia acerca de la suerte corrida por los afectados.

En ese plano, el tribunal destacó la importancia de la prueba testimonial “...frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad... En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto”.

subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar del alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto.” (Fallos: 309:1).

Estos primeros estándares probatorios delinearon un conjunto de directrices sobre la producción y valoración probatoria de los hechos individuales ocurridos en el contexto del terrorismo de Estado, que pueden enunciarse en las siguientes premisas:

a) Tales hechos deben valorarse, no de manera aislada y reducida a su singularidad, sino bajo la referencia constante del contexto de actuación modal.

b) Sin perjuicio de la eficacia de los medios probatorios atinentes al hecho singular en sí mismos, éstos deben valorarse también atendiendo a las coincidencias y correlaciones con la prueba sobre los otros hechos individuales (en lo que ambos remiten a circunstancias de tiempo, lugar y modo parcialmente comunes) y sobre el contexto de actuación modal.

c) La escasez de evidencia sobre las prácticas del terrorismo de Estado como producto de los mecanismos de impunidad operantes (clandestinidad, destrucción de archivos, desaparición de personas, etc.), obliga a extremar los esfuerzos valorativos sobre los vestigios probatorios, bajo los estándares enunciados en los ítems anteriores.

Más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos profundizaría estos conceptos, en otro de los precedentes ineludibles para las sentencias sobre crímenes contra la humanidad:

...una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que ésta última tenga con la práctica general.

...La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.²⁷

De esta forma, el fenómeno del terrorismo de estado en América Latina –y las aberrantes prácticas criminales desatadas– permitió rescatar otro plano en la actuación de aparatos organizados de poder: la utilización de los recursos y medios de la organización para garantizar la impunidad de sus miembros, asegurando que la

²⁷ Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/07/1988, resaltado nuestro, disponible en el sitio web oficial de ese organismo en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

operatividad delictual –y sus consecuencias– se vuelvan *imperceptibles* para la sociedad.

Se advierte así el modo en que el razonamiento de tipo inductivo adquiere presencia, no sólo para caracterizar el modo de actuación criminal de un grupo organizado, sino además para comprobar hechos delictivos concretos y determinar responsabilidades individuales.

Estas pautas de contexto para la valoración de los hechos investigados y su correcto encuadre jurídico, fueron sostenidos y desmenuzados por la jurisprudencia tras la reanudación de juicios, luego de declaradas nulas las leyes de obediencia debida y punto final. Así, la Corte Suprema de Justicia sostuvo como pauta general, en una causa sobre delitos de lesa humanidad²⁸:

Es arbitraria la sentencia absolutoria que valoró la prueba en forma fragmentaria y aislada, incurriendo en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando por falta de adecuación al objeto constitutivo del cuerpo del delito prescindió de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los peritajes, la prueba informativa y la testifical, y de, todos ellos con otros elementos indiciarios.

En la misma tónica, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante, CFCP) ha expresado:

El resultado de aplicar el método consistente en criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio, conduce, obviamente, a resultados absurdos desde el punto de vista de la verdad material, real e histórica, cuya reconstrucción es objeto y fin del proceso penal. Y ello, desde que tan imperfecta metodología se encarga de desbaratar uno por uno cada cual de esos elementos que, solitariamente, nada prueban con certeza, pero que evaluados en un acto único y con ajuste a las reglas de la sana crítica racional -lógica, experiencia, sentido común, psicología, etc. -pueden llevar de la mano a una probatura acabada, plena, exenta de toda hesitación razonable²⁹.

Uno de los puntos que más debate ha generado en cuanto a la necesidad de colocación de los hechos en contexto, tiene que ver con el nivel de conocimiento con el

²⁸ Fallos 341:336 “Videla”, sentencia del 10/04/ 2018, considerando 14°.

²⁹ C.F.C.P., Sala I, causa N° 1721 caratulada “Unaegbu, Andrew I. y otra s/ recurso de casación”, sentencia del 29/5/1998. Criterio reiterado y citado en forma reciente por la Sala III del mismo tribunal en la causa N° 1681/2013 caratulada “CERVERA, Rubén Osvaldo; MADERNA, Horacio Hugo y RODRÍGUEZ, Pedro Alberto s/recurso de casación”, sentencia del 11/7/2014.

que actuó cada uno de los agentes intervinientes en la materialidad de crímenes juzgados. Se trata de un factor que operó en diferentes planos de relevancia, entre los cuales cabe apuntar:

a) La calificación adicional de los delitos como crímenes contra la humanidad, a partir de su adscripción al plan sistemático y general de ataque contra una parte de la población.

En este ámbito, la Sala IV de la CFCP³⁰ entendió que esa relación de pertenencia quedaba establecida cuando:

- (i) La conducta formaba parte de aquellas conductas que, al momento de comisión de los hechos, eran reconocidas por la comunidad internacional como pasibles de integrar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.
- (ii) La conducta ocurrió espacio-temporalmente en forma concomitante al ataque respecto del cual se evalúa su vinculación.
- (iii) El agente integró el aparato organizado de poder al que se le atribuye la responsabilidad por la perpetración del ataque, o contó con su aquiescencia.
- (iv) El agente llevó adelante la conducta motivado —al menos en parte— por el “manto de impunidad” que el hecho de formar parte (o contar con la aquiescencia) del aparato de poder que le garantizaba (...) (v) La víctima (o víctimas) de la conducta imputada integraba el conjunto de víctimas contra las cuales el ataque estuvo dirigido.³¹

Se aprecia cómo, para la doctrina trazada en el fallo, se torna necesario indagar en diversos aspectos intelectuales (contar con la aquiescencia estatal) y/o subjetivos (motivación en el manto de impunidad). Más adelante, la sentencia incluye en la condición (iv) lo que denomina “ceguera intencionada”:

...es necesario que el autor se haya representado mentalmente que su conducta formaba parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. Así, para dar por configurado este elemento basta con que el autor tuviera conocimiento, o que actuara bajo una ‘ceguera intencionada’, o se arriesgara a cometer un acto a sabiendas de que formaba parte de un ataque.

Es necesario aclarar, sin embargo, que el autor de los actos no necesita compartir los objetivos o finalidad del ataque global, sino que basta el conocimiento de que ellos se cometen en el contexto del ataque y, fundamentalmente, mediando la

³⁰ Causa n° 14.536, “LIENDO ROCA, Arturo y otro s/ recurso de casación”, 01/08/2012, Sala IV, C.F.C.P., disponible en el sitio oficial del CIJ en: <http://www.cij.gov.ar/nota-9568-Casaci-n-revoc--el-sobreseimiento-de-dos-ex-funcionarios-judiciales-en-causa-por-delitos-de-lesa-humanidad.html>

³¹ Voto del juez Gustavo M. Hornos.

impunidad propia de pertenecer al aparato de poder responsable de éste³².

Naturalmente, la prueba sobre los elementos subjetivos del tipo penal es la que más complicaciones ha generado al momento de correr el aludido manto de impunidad ¿Cómo se acredita un hecho intelectual, cuando el mismo no es reconocido por el propio agente, ni se lo manifiesta en una declaración de voluntad? Trazando una analogía con la asociación ilícita, puede tomarse el criterio de Cantaro, para quien:

La prueba del acuerdo criminoso... puede realizarse a través del método inductivo, es decir, partiendo desde los casos delictivos realizados hacia atrás... la marca o las señas de la o las asociaciones quedarán puestas en evidencia en la medida que se analice su modo de operar y la dirección a la que apuntan sus fines³³.

b) La definición de las acciones de cada agente como el ejercicio de una función y/o la realización de un aporte a la empresa criminal en términos generales, o a los delitos cometidos como parte de la misma.

Cuando un delito (o un conjunto de éstos) es cometido mediante distribución de funciones y/o como resultado de una pluralidad de aportes, no todas las acciones involucradas exteriorizan, a simple vista, el grado de relevancia que revisten para la realización del plan delictivo. Si se trata de un ataque sistemático contra parte de la población, la caracterización de estas acciones aisladas como coautoría o participación criminal no puede prescindir del análisis de su inserción en el contexto delictivo, tanto para conocer su incidencia para la eficacia del plan, como el conocimiento por parte del agente sobre el aporte que está realizando al mismo. A su vez, para ambos corroborar ambos extremos es útil verificar la modalidad de actuación en un segmento amplio de tiempo.

Bajo estos parámetros, en “Liendo Roca” el máximo tribunal penal concluyó que las conductas de un juez y un fiscal durante la dictadura cívico-militar podían calificarse como crímenes contra la humanidad, en tanto configuraban una “...omisión de actuación funcional... ante la información que las personas privadas de

³² Voto del juez Gustavo M. Hornos.

³³ Cantaro, A. S., en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R. (directores), *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, 2010, Tomo 9, p. 346.

su libertad les habrían proporcionado en tanto tuvieron contacto con los mismos con motivo del ejercicio de su función”³⁴.

Al respecto, se expresaron las siguientes pautas:

...las denegaciones al acceso a la justicia... fueron, justamente, piedra basal de la impunidad con la que se movieron los perpetradores directos de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, la omisión de actuación fiscal y judicial resulta probablemente el caso central —paradigmático— de lo que constituye aquiescencia de las autoridades en la comisión de crímenes contra la humanidad³⁵.

...los acusados formaban parte de los ejecutores del siniestro plan, pues con sus omisiones permitieron la impunidad de los hechos que las propias víctimas les denunciaban, y constituían actos que conllevaban la finalidad de aniquilamiento a una parte de la población civil, que se definía desde los estamentos militares ejecutores del plan, como enemigos políticos”³⁶.

...sus aportes constituyeron una condición indispensable para su perpetración, de idéntica significación a los delitos supra mencionados...³⁷

...todos los hechos en cuestión expresan porciones de la ejecución del plan... constituyen expresiones parciales de un integral y sistemático plan de aniquilamiento por motivaciones de persecución política³⁸.

Por otra parte, el fallo expuso el modo en que, en el caso, el conocimiento de los agentes debía reconstruirse a partir del nivel de información al que tenían acceso, en los términos de los siguientes pasajes:

...el carácter repetido de los actos denunciados en perjuicio de personas que resultaban perseguidas en virtud de su (real o ficta) pertenencia a la así llamada ‘subversión’... permite en la especie inferir, al menos provisoriamente, el ‘motivo político’ al que alude la norma internacional que sanciona el crimen de persecución por razones de esa clase³⁹.

...los hechos en orden a su cantidad autorizan afirmar que efectivamente... ejercitaban de manera habitual la omisión de las obligaciones a su cargo frente al conocimiento de la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos⁴⁰.

³⁴ Calificación efectuada por los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, reproducida por la C.F.C.P. en el fallo citado (voto del juez Gustavo M. Hornos).

³⁵ Voto del juez Gustavo M. Hornos.

³⁶ Voto del juez Juan Carlos Gemignani.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voto del juez Gustavo M. Hornos, resaltado y subrayado nuestro.

⁴⁰ Voto del juez Juan Carlos Gemignani, resaltado y subrayado nuestro.

Un criterio similar aplicó la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, al analizar las omisiones funcionales de distintos imputados que ejercieron cargos judiciales durante la dictadura, frente a las denuncias de los ciudadanos⁴¹:

...cuando dichas omisiones se reiteran en el tiempo... ante un cuadro general que se sabe de actuación de fuerzas militares y policiales en la ‘lucha antsubversiva’, y que en forma concomitante se denuncian desapariciones de personas por parte de sujetos armados, con los rostros cubiertos que invocan pertenecer a las fuerzas de seguridad o que se sospecha de tales, donde las víctimas que luego recuperan la libertad relataron que fueron tabicadas, o sometidas a simulacros de fusilamiento, o a tormentos, tales omisiones funcionales de iniciar las investigaciones pueden significar sumarse al plan de represión que dicho funcionario judicial tiene ante su vista, por el conocimiento que adquirió de los dichos de las víctimas o de las presentaciones de habeas corpus o de los sumarios policiales⁴².

...El obrar metódico encuentra su expresión en el rechazo de las acciones de habeas corpus, la inexistencia de compulsas para investigar los delitos cuya sospecha de comisión era evidente, y el archivo de las causas penales originadas en los sumarios policiales por denuncias de familiares, mediando sobreseimientos provisorios...

El método acordado, concordante con el plan sistemático implementado en la llamada ‘lucha antsubversiva’, era ‘no hacer’, no iniciar investigaciones, no atribuir ningún delito a ningún funcionario militar o policial”.

Más Adelante, al pronunciarse sobre el recurso contra la sentencia condenatoria contras tres de estos funcionarios judiciales⁴³, la Sala IV de la CFCP tuvo oportunidad de referirse a la situación de tres de aquellos funcionarios judiciales, describiéndola como un caso de ceguera intencionada:

La contundencia de los números es en sí misma impresionante y elocuente, e impide admitir seriamente... que los ex funcionarios aquí juzgados, frente a tamaño volumen de denuncias de delitos cometidos reiteradamente por las mismas fuerzas represivas, no albergaran la más mínima sospecha de lo que estaba ocurriendo frente a sus narices.

...cada una de las denuncias efectuadas por las víctimas de los hechos o sus allegados sistemáticamente ignoradas, cada una de las acciones de hábeas corpus masivamente rechazadas por motivos puramente formales, cada imputado arbitrariamente por alguna ficticia infracción a la ley 20.840, constituyó una señal

⁴¹ CFA de Mendoza, causa N° 91.819-F-22.609, caratulada “*Compulsa en As. 636-F (F. c/ Guzzo...)*”, resolución del 18/05/2011.

⁴² CFA de Mendoza, causa N° 91.819-F-22.609, sentencia previamente citada.

⁴³ Causa FMZ97000076/2012/TO1/4/CFC “PETRA RECABARREN, Guillermo Max y otros s/recurso de casación”, resolución del 5/09/2019.

inequívoca para los perpetradores directos y mediatos de los crímenes; una señal de que ellos contaban con la absoluta aquiescencia de los operadores de la justicia federal, constituidos en garantes definitivos de la impunidad.

c) la atribución al agente –una vez calificadas sus acciones como aporte o rol criminal–, del concurso de delitos completo cometidos en perjuicio de la víctima.

En sintonía con lo dicho en el ítem anterior, el análisis contextual es fundamental cuando se trata de casos en que la actuación material del agente se agota en una de las etapas de la secuencia delictiva modal (v.g., custodia de las víctimas), a fin de discernir si aquél resulta responsable por la totalidad de los delitos cometidos en concurso (v.g., tormentos, violencia sexual, homicidio).

Este interrogante fue contestado afirmativamente por la Sala II de la CFCP, en los siguientes términos:

Cada uno de estos integrantes del ‘plan global’ ejecutado mediante una razonable ‘división de trabajo’, tenían pleno conocimiento del carácter criminal de los hechos de autos, en el sentido que sabían que las víctimas estaban ilegalmente detenidas, mantenidas en cautiverio y que se les aplicaba todo tipo de tormentos -psíquicos y físicos-. A su vez estaban encargados de la ‘custodia’ de esas personas secuestradas y los sometían a condiciones inhumanas de vida, como así también cooperaban voluntariamente a los efectos de la consumación de los hechos punibles. Es decir, que no sólo tenían cabal conocimiento de cómo funcionaba el sistema sino que en forma individual y alternada, efectuaron distintos aportes a la empresa criminal, ya sea mediante la previa aprehensión de los sujetos perseguidos, la imposición de propia mano de torturas físicas, el sometimiento a interrogatorios, los operativos de secuestro, en los ‘lancheos’ a los que eran llevados los cautivos y los procesos de ‘traslado’⁴⁴.

En un sentido similar, la Sala III del mismo tribunal ha señalado:

...La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo...

...el elemento subjetivo de este grado de participación, es la existencia de una decisión conjunta al hecho, la que puede provenir de un acuerdo expreso o tácito, el que se basa en la distribución de funciones o roles de cada uno de los que toman

⁴⁴ Causa N° 15496 “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”, sent. del 23/4/2014, reg. 630/14 (considerando 44°.a).

parte en su ejecución. Este acuerdo común al ilícito permite atribuir a cada uno de los partícipes los aportes de los otros⁴⁵

Un último tema al que cabe hacer mención en esta evolución de la mirada sobre el fenómeno criminal complejo, es el de la empresa criminal conjunta (*joint criminal Enterprise*).

Se trata de un esquema de conceptualización de la autoría y la participación delictiva desarrollado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), que difiere parcialmente de la teoría del dominio de organización, y que –en palabras de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal⁴⁶–, “*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*”.

En este último fallo, el Tribunal de Casación dio acogida a la mencionada teoría, reseñando los elementos que hacen al *actus reus* de la empresa criminal conjunta, según los lineamientos de la Sala de Apelaciones del TPIY⁴⁷:

...a) Pluralidad de Personas (no necesitan estar organizados militar, política o administrativamente); b) Existencia de un plan, diseño o propósito común destinado a la comisión de alguno de los crímenes previstos en el Estatuto [...] c) Participación del acusado en el plan común (no es necesario que el acusado haya intervenido en un crimen específico -asesinato, exterminación, tortura, violación, etc-, pero sí que haya aportado al plan común algún modo de asistencia o contribución.

El mismo criterio fue seguido recientemente por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín, en la causa conocida como “Ford”, donde se juzgó, entre otras, las responsabilidades de sectores civiles en la desaparición de trabajadores de la empresa. Con cita de Tadic, el fallo señaló que “La ‘empresa criminal conjunta’ depende así de un codominio funcional de los acontecimientos, y por ello ‘un co-ejecutor en una empresa criminal conjunta no necesita cometer ninguna parte de la tipicidad objetiva del delito en cuestión’”⁴⁸.

⁴⁵ Causa n° 3145 caratulada “Leiva, Roberto; Taboada, Guillermo Manuel s/recurso de casación” (reg. 166, del 15/4/02)”, criterio ratificado en *causa n° FSA 14000695/2011/TO1/CFC1 (Almirón, Víctor Hugo y Otros s/ recurso de casación)*, sentencia del 4/1/2017 (Reg. 1112/17, entre otras)..

⁴⁶ CFCP, Sala II, causa N° 15496 “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”, sent. del 23/4/2014, reg. 630/14; y misma sala, causa N° 765/13, “Lugones, Inés Graciela y otros s/ recurso de casación”, sent. del 13/10/2015.

⁴⁷ Judgment, Tadic, (IT-94-1), Appeals Chamber, 15 July 1999.

⁴⁸ Causa N° 2855 (FSM 27004012/2003/TO4) y 2358 (FSM 1294/2011/TO1), sent. del 15/03/2019.

De adquirir arraigo en la jurisprudencia, la teoría de la empresa criminal conjunta producirá ciertos cambios en tratamiento probatorio en aquellos casos de responsabilidad criminal en los que prima –por sobre el aseguramiento del resultado mediante el control de los medios– la nota de distribución de funciones mediante acuerdo explícito (v.g., estatuto orgánico) o implícito (v.g., asunción de parte, mediante el efectivo cumplimiento de roles, y con conocimiento de la existencia del plan criminal). En cualquier caso, la acreditación de tales presupuestos probatorios continuará descansando, en buena medida, en el análisis del contexto en el que ocurrieron los hechos, y las circunstancias que rodearon a los perpetradores, con gran importancia de la prueba indiciaria y de los razonamientos indirectos e inductivos.

6. Conclusión

El campo de las prácticas delictivas complejas, en el que la prueba sobre los crímenes cometidos y las formas de participación exige desentramar los acuerdos y las relaciones orgánicas, las funciones y tareas distribuidas, y el modo pautado de proceder en la realización de la empresa criminal, ha puesto de relieve la importancia de la examinación global y contextualizada de los fenómenos investigados, ámbito en el que cobra valor la correlación de indicios y la determinación inductiva de reglas y patrones de funcionamiento.

Del mismo modo en que es la puesta en contexto la que permite discernir los marcos de justificación, irreprochabilidad e innecesariedad de la pena que deberían operar frente a las actividades menos lesivas pero más estigmatizadas y mayormente introducidas al sistema penal, es esa misma puesta en contexto la que visibiliza los esquemas de clandestinidad e impunidad con que se desarrollan las prácticas ilícitas socialmente más dañinas que nutren la cifra negra.

El riesgo de que la recepción amplia del pensamiento inductivo e indirecto en la valoración de la prueba en el derecho penal, se vuelva una herramienta para dilatar la válvula de punción de los sospechosos de siempre, expresa el desafío de una conceptualización clara y objetiva de las formas de razonar los hechos e interpretar las normas. *Crímenes de lesa humanidad, imprescriptibilidad, jurisdicción universal, coautoría funcional, autoría por dominio de organización, empresa criminal conjunta* son conceptos difíciles y no carentes de discusiones, polémicas, deformaciones y proyecciones, que marcan el camino dialéctico del derecho penal.