

Autoría mediata y atribución en delitos de gran corrupción

Por Julián Axat¹

Por estos días se suele recordar al fiscal Julio Strassera y su papel en el Juicio a la Juntas en 1984, especialmente cuando al momento de alegar echó mano a una teoría del derecho del alemán, la sofisticada formulación del jurista Claus Roxin elaborada en 1963 para atribuir responsabilidad a las cabezas de organizaciones de poder que llevan a cabo, a través de sus subordinados, crímenes contra el derecho de gentes².

En la llamada «Causa 13/84», Strassera buscó justificar la participación directa de los comandantes en jefe (Ejército, Aeronáutica y Marina) en dicha teoría, siendo que al igual que los jefes nazis, aquellos también dictaban sus órdenes desde sus pulcros escritorios mientras otros las

ejecutaban en los campos de concentración. De allí el nombre con el que se ha caracterizado a estos autores: “asesinos de escritorio”, en posesión del dominio pleno de la organización (estatal), operando fuera del terreno del Derecho; mientras sus ejecutores inferiores son piezas, engranajes sustituibles (si no lo hace uno, lo hará otro).

En suma, la inteligente teoría pergeñada por Roxin postula que, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometan graves delitos, serán también autores (mediatos), los que dieron la orden, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores directos.

En esto, el argumento del autor mediato fue determinante para conseguir la condena, sin embargo la prueba que tenía entre manos Strassera era más que voluminosa y abrumadora, aun sin ella podía acreditar acabadamente el sistema organizado clandestino y paralelo de exterminio, orquestado desde las cúpulas militares (recordemos la cantidad de testigos y documentación colectada por la CONADEP y organismos de derechos humanos que podían probar esas órdenes orales y escritas)

La propia Cámara Federal discutió hacia adentro echar mano a la figura de la asociación ilícita, con la que era mucho más fácil justificar la participación de los militares; pero algunos jueces -con muy buen criterio- decidieron descartarla de plano por simplificadora y polémica. Entonces evaluaron seriamente la teoría de Roxin alegada por Strassera.

Claro que la aplicación y aceptación de esta teoría generó todo tipo de discusiones hacia dentro del ámbito académico y judicial, especialmente por la influencia de la escuela penal “causalista” que seguía

¹ Abogado y escritor.

² Claus Roxin publicó esta teoría originariamente en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963) para luego plasmarla en su conocido trabajo "Täterschaft und Tatherrschaft", 6ª edición 1994. En versión española: "Autoría y dominio del hecho en derecho penal" trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

pensando las reglas de la participación en función de los parámetros clásicos del Código Penal de Tejedor en su artículo 45, que nos llevan al autor directo, a su cómplice o a su instigador.

Cuando en 1986 el tema llegó a la Corte Suprema, la misma validó –aunque por mayoría– la teoría del autor mediato introducido por la Cámara Federal en su sentencia. Aun para la posición minoritaria, la tesis de Roxin se trataba de una dilatación del concepto de “instigador”; es decir, una ilegal extensión de la autoría. Pero aun en esa disidencia, ninguno de los cortesanos osó en poner en duda el *quantum* probatorio respecto de los aportes a cada delito descriptos por Strassera y Moreno Ocampo.

En la actualidad, la teoría de Roxin si bien ha recibido algunas críticas³, es pacíficamente receptada por la doctrina y la jurisprudencia argentina en juzgamiento de delitos de lesa humanidad⁴. Claro que desde el punto de vista probatorio, la misma debe ser aplicada con máximo rigor y en aquellos casos donde no ha existido grado de certeza suficiente (aun con algún grado de dominio del hecho) se han dictado faltas de mérito y absoluciones.

Usos de Roxin

En el ámbito del derecho comparado, el Tribunal Supremo alemán (llamado BGH) ha extendido en los últimos tiempos la teoría de Roxin, prescindiendo ya de la exigencia de que la organización actúe al “margen del Derecho”, incluso la ha admitido para justificar la responsabilidad penal en el ámbito de la actividad empresarial y hasta cuando se cometen

hechos delictivos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes⁵.

En algunos casos, se ha hablado de la penetración de las organizaciones criminales que cometen crímenes dentro y desde del Estado, aprovechando su entramado legal. Los recientes desarrollos del doctrinario peruano Erick Guimaray Mori van en este sentido. Cito un párrafo de una de sus ponencias más conocidas:

*“... la contratación fraudulenta de la obra pública, decisión que en el ejemplo proviene de las atribuciones políticas del Poder Ejecutivo, esto es, de un poder ajeno al control del simple ejecutor material, no puede ser consecuencia del actuar errático e individual de los operadores subordinados Y esto es así, porque una orden ilegal al interior de la Administración solo puede pervivir cuando quien la emite no solamente se ubica en el vértice más importante de la misma, sino que la controla, gracias al poder normativo que ostenta, dejando al ejecutor material no más que las circunstancias de trámite y ejecución de su orden ... la aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de organización o aparato de poder parece razonable, pues los causes burocráticos pueden ordenar verticalmente la comisión del delito de corrupción, asegurando así la relación de idoneidad material entre el automatismo del aparato y la comisión del hecho delictivo. Es más, las especiales características de composición política de la Administración redundan en la pertinencia de los elementos de la autoría mediata como criterio de imputación contra los superiores jerárquicos del organigrama público”.*⁶

³ Sobre las críticas en la Argentina a la tesis de Roxin, véase Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, p. 745.

⁴ Véase, Daniel Adler. *Autoría y delitos contra la humanidad*. Eudem, 2018.

⁵ Aboso, Gustavo E., *Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio deresponsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof)*, en L.L., 1999-E-66

⁶ Erick Guimaray Mori. *Aproximación teórica sobre la aplicación de la autoría mediata por dominio de organización en supuestos de gran corrupción*,

A diferencia de lo planteado por Guimaray, en nuestro país la jurisprudencia ha mantenido la idea de utilizar la teoría del autor mediato para atribuir responsabilidad en los juicios de lesa humanidad respecto de personas que ocupaban cargos públicos de poder y dominio en un contexto de genocidio, en delitos tales como homicidio, privación de libertad, aplicación de tormentos, etc. Aunque útilmente se ha comenzado a utilizar la teoría del autor mediato, para atribuir responsabilidad en casos de juzgamiento de delitos de asociación ilícita, estrago, trata, narcotráfico, etc; ocurridos en el presente. Es decir, relajando -al igual que el Tribunal Supremo alemán (BGH)- las exigencias de la que hablaba Roxin en las primeras versiones de su tratado.

En el año 2013 la justicia brasileña utilizó la "teoría del dominio del hecho", para condenar por corrupción a José Dirceu, la ex mano derecha de Luiz Ignacio Lula da Silva durante su gobierno. En dicho caso, los miembros de la Corte Suprema de Justicia brasileña llegaron a la conclusión de que, por su rol de jefe de Gabinete y su influencia decisiva en el Partido de los Trabajadores, Dirceu era "el hombre de atrás del escritorio" que fue el creador de una red de corrupción para asegurar al gobierno de Lula una amplia mayoría legislativa⁷.

En el mismo sentido, en 2020 se condenó a Rafael Correa en Ecuador, en su ausencia, y con la utilización de las fórmulas de autoría mediata de Roxin, subestimando y relegando las acciones de sus

subordinados ministeriales a "meras intervenciones ejecutivas" como si fueran eslabones fungibles⁸.

La pregunta es si este uso de la teoría roxiniana es posible, o al menos no tensiona o estira los parámetros para los cuales dicha teoría fue pensada⁹; puesto que el concepto de aparato organizado de poder, no parece ser cualquier aparato, sino la hipótesis de una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos aberrantes y contra el derecho de gentes, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán o con las dictaduras latinoamericanas; es decir, lejos pensar que pueda ser pensada para atribuir responsabilidad mediata por delitos de gran corrupción o similares¹⁰.

Usos de Jakobs - La llamada causa Vialidad

En nuestro país, en ciertos delitos contra la administración pública, la jurisprudencia ha optado por la teoría de la imputación objetiva del jurista Günther Jakobs para atribuir responsabilidad a los superiores jerárquicos, fundada en la supuesta insuficiencia o lagunas que deja la teoría del

Revista IUS ET VERITAS N° 58, mayo 2019 / ISSN 1995-2929 (impreso) / ISSN 2411-8834.

⁷ "Una tesis jurídica inquietante para el poder", Véase <https://www.lanacion.com.ar/opinion/una-tesis-juridica-inquietante-para-el-poder-nid1544683/>

⁸ Tiempos de LawFare en Ecuador, véase: <https://www.pagina12.com.ar/292825-tiempos-de-lawfare-en-ecuador>

⁹ Véase: Álvarez Tacuri, Diana Susana. Tesis: La instigación y los estándares de prueba en la autoría mediata por cohecho pasivo agravado en la sentencia nro.17721-2019- 00029G. Proceso contra Rafael Correa. En <https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/10373>

¹⁰ Al respecto, sugiero la muy interesante lectura de Patricia Faraldo Cabana, publicado en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Colex, Madrid, 2008, págs.89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9. Puede ser consultado aquí: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/04/doctrina45144.pdf>

dominio del hecho para sancionar al llamado “intraeus” que utiliza a un “extraneus” para su provecho.

Los delitos funcionariales (como los de corrupción) son delitos de infracción de deber. Los delitos de infracción de deber se caracterizan por aportar las razones que sustentan la delimitación de los autores del delito, justamente en virtud de su especial obligación extra-penal. La redacción de los delitos de corrupción pública se dirige, primordialmente, al funcionario o servidor público –intraeus–, previendo un supuesto de hecho en el que se abusa del poder público en beneficio propio o de un tercero.

Así, los delitos de infracción de deber se caracterizan porque la autoría de un delito solo puede recaer en determinados sujetos garantes o responsables de un determinado deber jurídico. Así, no será relevante la intensidad o importancia del aporte para distinguir entre autor y partícipes en el hecho típico, como sí la titularidad del deber y su infracción (Jakobs, 1997: p. 79). Para imputar responsabilidad penal a título de autoría poco importa el efecto v o dominio sobre el hecho que el autor tuvo, como sí el deber infringido. Se trata de delitos que hacen referencia a deberes extra-penales que no alcanzan a todos, pero que son necesarios para la realización del tipo (Roxin, 2000, p. 387). Si no todos los intervinientes dominan el hecho o no todos portan el especial deber, cabe la discusión acerca del sistema de participación criminal. Sin perder de vista, que el sustento de sanción del extraneus en los delitos de corrupción se remite a la misma fuente imputable al intraeus.

El mismo autor que hemos citado más arriba, Erick Guimaray Mori, analiza la aplicación de las teorías de Jakobs, en la atribución de participación mediata en las

causas judiciales de *Lava Jato* que se siguen en Perú¹¹, especialmente a partir de la ubicación de los *extranei* en los delitos de gran corrupción, y como modo de llegar a la punición de los intraeus, como una suerte de autores/partícipes en espejo.

El supuesto riesgo creado y de la exigencia de conocimiento del riesgo que el ordenamiento jurídico exige en el caso concreto del creador del riesgo (poner en peligro o lesionar la parcela de la Administración Pública), es lo que haría que una interpretación de política criminal sistemática que conduzca a la atribución objetiva de responsabilidad hacia el intraeus, a partir de la conducta del extraneus y la unicidad de acción delictiva (la maniobra no son muchos hechos separados, sino una unidad conglobante).

En la llamada causa “Vialidad”, el Tribunal que juzgó a la ex presidente Cristina Fernández de Kirchner, realizó una valoración muy similar a la que refiere Guimaray para el *Lava Jato*, en función de las teorías de Günther Jakobs que justifican la imputación del autor mediato a partir del particular *extranei*. En efecto, la aplicación del tipo penal de administración fraudulenta (art 173 inc. 7º CP), cuya naturaleza reside en la infracción de deber (Lázaro Báez, partícipe necesario- Cristina Kirchner, autora mediata del delito), habilita esas interpretaciones.

Previo a haber establecido una serie de indicios la relación entre la ex presidenta y el contratista, el Tribunal describe la posición de garante de la entonces presidenta en la cúspide del poder político, y con ella

¹¹ Erick Guimaray Mori. EL CASO LAVA JATO EN EL PERÚ: DESCRIPCIÓN, VALORACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS. Pontificia Universidad Católica del Perú. en THÈMIS/73-Revista de Derecho el 1 de mayo de 2018.

establece la ejecución de la omisión impropia de la figura penal: no haber evitado el resultado, haber incumplido los deberes a su cargo. Así, Tribunal en la págs. 1244 y siguientes¹², establece el meollo de la cuestión dogmática echando mano a las teorías de imputación por infracción al deber, que justificarían semejante atribución mediata:

“Así, la identificación de deberes en cabeza de cada uno de los individuos condenados -además de la confirmación de la imputación objetiva del resultado típico a las conductas reprochadas, violatorias de esos deberes-, ha sido determinante de nuestra decisión y su fundamentación jurídica. Entonces, la autoría atribuida a las personas condenadas no se explica en base al dominio del hecho a propósito de sus acciones, sino en función de la identificación de las conductas individuales de quienes reunían la calidad especial requerida por el tipo y que, con sus comportamientos violatorios de los deberes especiales a su cargo, crearon un riesgo no permitido sirviendo a la causación acumulativa de la lesión al bien jurídico protegido, los fondos del tesoro nacional. Contrario sensu, aquellas conductas peligrosas y finalmente lesivas que fueron realizadas por un imputado no cualificado en particular -extraneus-, identificadas y probadas en mérito del debate, acabaron siendo reprochadas al agente en función del instituto de la participación criminal. Concretamente, nos referimos a Lázaro Antonio Báez...”

Varias cuestiones que parecen forzar la dogmática:

- La posición de garante (la omisión impropia) corresponde a quien ejecuta el presupuesto, y según la

Constitución Nacional (art. 100) esa posición corresponde al Jefe de gabinete de Ministros, y no el presidente de la Nación.

- No se evidencian más que conjeturas o serie indicios sobre las instrucciones para favorecer al extraneus (Lázaro Báez). La convicción íntima en base a la supuesta sana crítica de los jueces es lo que le daría entidad; no así testimonios o -acaso- otra prueba directa.
- Es decir, la mera tipicidad objetiva en torno a la causación no es suficiente, el Tribunal debe establecer cuál ha sido la relación psíquica de los agentes con sus respectivos hechos atribuibles, en función de confirmar o desechar la existencia del dolo (tipo subjetivo), aquí las inferencias al respecto vuelven a ser meras conjeturas o indicios (sospechas) del juzgador.
- El perjuicio que exige el tipo defraudatorio (con un único en sentido jurídico), no parece probado, y es virtual. Es decir, para la aplicación de la imputación objetiva el riesgo jurídicamente desaprobado que acabó realizado en un resultado lesivo de ser concreto y cuantificable.

No es intención aquí de desglosar todo el fallo, sino solo analizar alguno de los tópicos que parecen desnaturalizar la correcta aplicación de la teoría de la imputación desarrollada por Gunther Jakobs a la luz de los hechos.

Dogmática y atribución racional

Más allá de la validez de las teorías (que aquí no las hemos puesto jamás en cuestión) y diferencias sustanciales entre autores como Claus Roxin y Gunther Jakobs para atribuir responsabilidad mediata en función hechos criminales de escala compleja; puede

¹² TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL 2CFP 5048/2016/TOFallo causa “Vialidad”, véase: https://es.scribd.com/document/630376859/Los-fundamentos-del-fallo-contra-Cristina-Kirchner#fullscreen&from_embed

advertirse que estas sofisticadas construcciones dogmáticas, corren el riesgo de convertirse en cascaras vacías, que subsuman fragmentos de realidad recortada por la mera situación de haber ocupado vértices del poder formal, pero no por haber probado de manera fehaciente que, desde allí, se haya dado una verdadera orden de delinquir.

Como en el caso de la Causa 13/84 al que hemos hecho referencia, el uso de las teorías de la participación elaborados por la doctrina alemana (en este caso Roxin), deben ser aplicada con máximo rigor y además ser acompañadas con pruebas contundentes, que expongan que, aun sin apelar a ellas, es posible demostrar el grado de certeza y responsabilidad que se afirma.

Es importante analizar con máximo rigor las formulaciones dogmáticas y su aplicación a los casos, para evitar su desnaturalización, y asegurar su uso racional y sensato en el marco del Estado de Derecho.