

## **“Desatar nudos culturales sobre violencia sexual en la justicia penal Argentina, es construir memoria y saldar la deuda del Estado con las Mujeres”.**

(El rol de la cultura en la justicia. Herramientas desde la dogmática penal en autoría y participación. Situación de los mandos militares en el Terrorismo de Estado. ¿ Que sucede en la justicia ordinaria?. Estadísticas. Plazo razonable).

**María Alejandra Balcázar <sup>1</sup>**

### **RESUMEN**

Esta ponencia aborda la problemática de la violencia sexual en la Justicia Penal Argentina; con los anteojos de género desde la política criminal pretende analizar como los estereotipos del patriarcado y del machismo han generado una cultura en la justicia penal y en sus operadores; que invisibiliza los delitos sexuales considerándolos de segunda categoría y de menor cuantía.

Se analiza también cómo la repercusión en cusas de lesa humanidad en que se juzgaron delitos sexuales cometidos durante el Terrorismo de Estado en nuestro país sirvió como construcción de memoria, reparación simbólica en las victimas devolviéndoles la voz, e interpelando más y mejores respuestas desde la justicia.

Además, con las herramientas de la dogmática penal ensayo salidas alternativas a la teoría del dominio del hecho, en autoría y participación, para sostener la responsabilidad de los mandos militares por los delitos sexuales que fueran una práctica habitual contra las mujeres como forma específica de sometimiento hacia ellas en los centros clandestinos de detención.

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Ejerció libremente la Profesión 1999/2009 en temas de violencia de género, violencia laboral e identidad sexual. Fue co-directora del programa de Prevención y Detección del Abuso Sexual Infantil realizado conjuntamente con la Municipalidad de San Miguel de Tucumán. Se desempeñó como Directora del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio de Abogados de Tucumán (2005-2007). Fue relatora de sentencias por concurso en la Secretaría de Derechos Humanos del Juzgado Federal N° 1 de Tucumán (2009 a 2014). Fue integrante de CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer) en Argentina. Actualmente (desde 2014) se desempeña en el cargo de vocal de la Cámara Penal, al que accedió por concurso de oposición y antecedentes, en la Sala V de la Cámara Penal, de los Tribunales Provinciales de Tucumán. Es Eespecialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Litoral y la UNT. Desde 2013 se encuentra cursando el Posgrado de “Formación de Magistrados” de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación.

## **1. Concepciones y tradiciones patriarcales perversas. Desmantelando tramas que sostienen esa lógica en el derecho penal; el rol de la Justicia.**

El movimiento feminista tiene una larga tradición en relación con el uso del derecho, siempre las reivindicaciones legales han estado en las agendas del movimiento, para la consecución de mejoras en las condiciones de las mujeres, históricamente orientadas hacia el desarrollo de estrategias legales que condujeran a mejorar las condiciones de las mujeres en diferentes áreas sociales.

Pero a lo largo del tiempo otras voces dentro del movimiento feminista descubrieron la limitación de dichas reformas legales, si no eran acompañadas de una reflexión más amplia sobre las formas de cambio social y las causas o factores determinantes de la situación relegada de las mujeres.

El feminismo ha hecho una descripción de las características del derecho en nuestras sociedades, y ha resaltado algunos debates que se desprenden del análisis en lo que respecta por ejemplo, en lo relativo a los enfoques de la igualdad y de la diferencia que tiene uno de sus puntos de origen en la discusión feminista sobre el papel del derecho y su significación. Ese marco ayudará a entender el caso concreto de cómo las mujeres han abordado el tema de la violencia sexual y qué papel ha desempeñado el derecho penal en tal comprensión, en donde el análisis de la norma penal, no parte de su estructura jurídico-normativa o teleológica, sino en su confrontación con la experiencia de un colectivo, las mujeres.

Así la perspectiva puede ayudar a percibir cómo el sistema jurídico- penal, no puede responder a las expectativas que le confieren, y cómo muchas veces el derecho penal ayuda a reforzar la distribución del género.

El sistema jurídico-penal ha servido históricamente para reforzar intereses sociales y de clase, expresados en diversas necesidades de control social<sup>2</sup>; de la misma forma ha crecido el interés entre las mujeres por entender cómo en muchos casos el discurso jurídico penal ha creado o reforzado la construcción del género y, con ello, cómo ha servido para el mantenimiento de la opresión de las mujeres.

Los cambios jurídicos producidos hasta el momento en lo que hace a mayores derechos para el colectivo, aunque importantes, ofrecen limitaciones.

Como se puede fácilmente advertir, la idea de la falta de neutralidad e imparcialidad del derecho, resaltada por el concepto de un derecho sexuado, entronca casi directamente con el cuestionamiento que las corrientes críticas formulan a la ideología tradicional, la cual ha informado la historia del pensamiento jurídico desde su secularización con el Iluminismo desde el cual el género masculino es un referente universal que excluye otras referencias simbolizadas en el género femenino, habiendo contribuido de esa forma con vigor y solidez a construir el modelo de sociedad dentro del cual se ha consolidado un sistema de relaciones sociales desiguales.

Así la desigualdad como patrón, ha gobernado la ubicación de la mujer en el marco del liberalismo burqués y pese a las transformaciones sociales producidas en Occidente, ese ha sido el rasgo característico de la construcción del sujeto femenino.

La opresión de las mujeres ha adoptado históricamente diversas formas, y para entender cómo se ha construido a las mujeres como sujetos ausentes se debe acudir a una

---

<sup>2</sup> PAVARINI, 1983 ; BARATTA, 1986 Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal. Portada · Alessandro **Baratta**..

comprensión de particulares situaciones en cada época, pero sea cual fuere la respuesta sobre ello, el resultado siempre es el mismo: han sido excluidas.

Uno de los aspectos a tener en cuenta es lo que el feminismo llama derecho sexuado, el cual significa interrogarse sobre la neutralidad e imparcialidad del derecho mismo. Interrogarse sobre esta cuestión tiene interés desde la perspectiva de las limitaciones que ofrecen los cambios legislativos en determinados contextos, puesto que cualquier proyecto de transformación más amplio no podría ya eludir la crítica que el movimiento feminista realiza del derecho.<sup>(3)</sup>

De la experiencia de las mujeres, más que de un análisis abstracto surge que las transformaciones producidas en el ordenamiento jurídico se han visto reflejadas de forma desigual respecto de las reivindicaciones de mujeres, dentro del derecho de familia, del de trabajo, del derecho penal, etc.

El hecho de que el derecho no haya podido resolver en diversos campos los problemas materiales de las mujeres o que en todo caso sólo haya aportado soluciones parciales, ha conducido a la elaboración de una crítica de los instrumentos mismos a través de los cuales se pretende transformar la realidad.

Comprender al derecho como enclave del patriarcado hace que comencemos a entender los aspectos externos que en el resultado se presentan. Analizando las limitaciones de la norma jurídica desde la comprensión del papel que ésta desarrolla, es decir, a partir de su estudio en relación con el sistema político-social dentro del cual ella es generada, si generamos una norma y la aplicamos en un sistema político y social desigual y con prácticas desiguales arraigadas, nada cambiara en el diario acontecer en el ejercicio de derechos de las mujeres.

La exclusión de la sujeta femenina se ha realizado con características particulares a partir del siglo XIX. En la sociedad de clases se legitiman y consolidan las desigualdades sociales conceptualizándolas como si estuvieran basadas en diferencias naturales inmutables. De forma paralela a como se ha consolidado una división cultural del género "... la desigualdad de género en la sociedad de clases resulta de una tendencia histórica a naturalizar, ideológicamente las desigualdades socioeconómicas que imperan..."<sup>(4)</sup>.

Así la exclusión de las mujeres del mundo público se convierte en un elemento fundamental, el cual se habrá de legitimar acudiendo a nuevas explicaciones científicas y plasmándose asimismo también en el ámbito penal.

La antropología social, ha demostrado que las diferencias entre hombres y mujeres que se manifiestan como nociones antagónicas, no dependen de la naturaleza biológica o social de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres.

Bajo la pretensión de una dialéctica social se trata de que se posean derechos diversos, pero equivalentes y, en tal sentido, la categoría de los derechos sexuados asume otra dimensión como, por ejemplo, que se sancione el derecho a la integridad física y moral de la mujer y, en tal caso, si alguien ejerce violencia sobre una mujer, es la sociedad en su conjunto la que resultara lesionada.

La toma de conciencia que se ha producido en el campo de la lucha por el reconocimiento de la condición femenina, tal como lo ha esbozado la antropología del género, no ha traspasado todavía los límites disciplinarios. La cultura jurídica sigue orientada por la

---

• <sup>3</sup> MACKINNON, 1983

• <sup>4</sup> STOLCxE, 1992, p.89

atribución de roles e identidades propios de aquel orden simbólico que ha fijado la subalternidad de lo femenino y que ha impedido la convivencia con “el otro o la otra” en el mutuo reconocimiento de que cada uno tiene derechos que los diferencian pero que, a la vez, los nivelan.

Al analizar la relación entre sistema jurídico-penal y la reflexión feminista se pueden encontrar dos grandes líneas de interés por una parte el derecho penal como instrumento que ha recogido algunas de las reivindicaciones de las mujeres y les ha intentado dar solución y al mismo tiempo, como mecanismo que configura un concepto de género promoviendo formas de control social ejercidas sobre las mujeres. Del análisis de ambos aspectos se derivan algunas conclusiones comunes, como que el derecho penal refuerza y refleja una construcción del género puesto que parte de un modelo «masculino», un modelo universalista, en el cual la diversidad queda anulada.

De esta forma, un conjunto de situaciones complejas se codifica en términos universalistas, así la criminalización del problema comporta un «extrañamiento» de éste, por cuanto el contexto en el que ha sido definido por los actores sociales no puede ser recogido por la norma penal, así como sus implicaciones o contradicciones se ven simplificadas haciendo del contenido de la norma penal algo alejado del problema inicial, esto es por ejemplo lo que sucedió en torno a la violencia sexual.

El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados. Exponer, manifestar la existencia de expresiones diversas de violencia sexual, fue vista por algunas mujeres como una opción para otorgar voz, dignidad, y subjetividad moral a personas que incluso en ese plano eran negadas.

Sin embargo, tampoco este objetivo se conseguiría, la expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad.

En los últimos años los grupos de mujeres que trabajan sobre estos temas han aumentado su actitud crítica hacia el sistema de justicia penal, intentando buscar las diversas razones que hacen de éste un instrumento poco idóneo respecto de la violencia sexual.

Así por ejemplo algunos movimientos de mujeres consideran que respecto a la violencia sexual, el derecho penal no es más visto como aliado; sino más bien como «una tentación engañosa».

Esta postura aproxima a grupos de mujeres a los postulados del abolicionismo penal, por cuanto éste sugiere la necesidad de eliminar la racionalidad punitiva y represiva que el derecho penal representa.

La violencia sexual ha sido uno de los argumentos abolicionistas ya que desde allí se sostiene la escasa utilidad del sistema penal en la resolución de problemas sociales, pero a la vez la complejidad de las implicaciones de este tema abre dentro del abolicionismo nuevas discusiones, como ser el valor del uso simbólico del derecho penal, que muchos movimientos de mujeres le reconocen.

Con ese panorama, los debates sobre el rol del derecho penal y la justicia en materia de violencia sexual, es devuelto a las mujeres, como sujetas sociales mayormente afectadas por el flagelo, para pensar salidas alternativas que modifiquen la cultura patriarcal desatando nudos históricos en ese sentido.

Otras miradas, como la de la teoría sistémica del derecho, postula que cuando las normas son respetadas y valoradas desde los distintos poderes del Estado y particularmente desde los órganos judiciales, se logra que la sociedad en su conjunto las asuma y acepte como

valiosas incorporándolas a su cultura; a éste mecanismo se lo llama “conducta transformadora” a la inversa cuando los poderes del estado y en su caso los órganos de justicia no hacen aplicación de la noma, la misma es letra muerta ya que nunca tuvo vigencia.

## **2.- Violencia sexual . Delitos sexuales cometidos en los Centros Clandestinos de Detención.** <sup>(5)</sup>

La violencia sexual y las violaciones a las mujeres fue una práctica sistemática de violación a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado en Argentina y estuvo invisibilizada hasta hace poco tiempo en el discurso y las sentencias de los operadores jurídicos, en la sociedad, y muchas veces en el relato de las víctimas sobrevivientes.

### **El plan del ejército- La situación de las mujeres.**

Según el Plan del Ejército Argentino el concepto de “enemigo” abarcaba a todas las organizaciones o elementos integrados a ellas existentes en el país, que de cualquier forma se opusieran a la toma del poder y/u obstaculizaran el normal desenvolvimiento del gobierno militar. Arendt, Hannah, autora de “Los orígenes del totalitarismo”, haciendo una correlación con las concepciones occidentales de la vida después de la muerte, describe tres tipos de campos de concentración: Hades, Purgatorio e Infierno y sostiene que “[...] los tres tipos tienen algo en común: las masas humanas apartadas en esos campos son tratadas como si ya no existieran, como si lo que les sucediera careciera de interés para cualquiera, como si ya estuviesen muertas y algún enloquecido espíritu maligno se divirtiera en retenerlas durante cierto tiempo entre la vida y la muerte antes de admitirlas en la paz eterna [...] Lo difícil de comprender es que estos horribles crímenes se desarrollen en un mundo fantasmal que, sin embargo, se ha materializado en un mundo que está completo y que posee todos los datos sensibles de la realidad [...]”<sup>6</sup>.

En forma análoga con lo sostenido por Arendt, el informe de la CONADEP<sup>7</sup> condensa los padecimientos de las víctimas en los Centros Clandestinos de Detención: “...Desde el momento del secuestro, la víctima perdía todos los derechos; privada de toda comunicación con el mundo exterior, confinada en lugares desconocidos, sometida a suplicios infernales, ignorante de su destino, mediato o inmediato, susceptible de ser arrojada al río o al mar, con bloques de cemento en sus pies, o reducida a cenizas; seres que sin embargo no eran cosas, sino que conservaban atributos de la criatura humana: la sensibilidad para el tormento, la memoria de su madre o de su hijo o de su mujer, la infinita vergüenza por la violación en público; seres no sólo poseídos por esa infinita angustia y ese supremo pavor, sino, y quizás por eso mismo, guardando en algún rincón de su alma alguna descabellada esperanza...”<sup>8</sup>.

Pilar Calveiro describe y analiza de manera semejante las vivencias en los Centros Clandestinos de Detención: “[...] Desde violaciones múltiples a mujeres y a hombres, hasta más de 20 veces consecutivas, así como vejámenes de todo tipo combinados con los

---

• <sup>5</sup> El texto del punto 2 fue tomado del libro “Espacios para la Construcción de Ciudadanía” Directora Judith Casali de Babot. Compiladora Mariela Ventura. Universidad Nacional de Tucumán Facultad de Filosofía y Letras. Consejo de Investigaciones. Mayo de 2012. Artículo: Ser Mujer en un Centro Clandestino de Detención. La deuda de la Justicia Argentina por una memoria completa. (María Alejandra Balcazar - Laura Julieta Casas)

<sup>6</sup> Arendt, Hannah, Los orígenes del totalitarismo, Madrid, Taurus, 1999, pág. 541.

<sup>7</sup> La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) fue creada por el Gobierno argentino en 1983 con el objetivo de investigar la desaparición forzada de personas producidas durante la dictadura militar.

<sup>8</sup> CONADEP, Nunca más, Buenos Aires, Eudeba, 1984, pág. 5.

métodos ya mencionados de tortura, como la introducción en el ano y la vagina de objetos metálicos y la posterior aplicación de descargas eléctricas a través de los mismos. En estos lugares también era frecuente que a una prisionera "le dieran a elegir" entre la violación y la picana [...] De ahí en más hicieron todo lo que una imaginación perversa y sádica pueda urdir sobre cuerpos totalmente inermes y sin posibilidad de defensa. Lo hicieron sistemáticamente hasta provocar la muerte o la destrucción del hombre, amoldándolo al universo concentracionario, aunque no siempre lo lograron. El abuso con fines informativos, el abuso para modelar y producir sujetos, el abuso arbitrario, todos atributos principales del poder pretendidamente total: saber todo, modelar todo, incluso la vida y la muerte, ser inapelable. La práctica de estas formas de tortura de manera irrestricta, reiterada e ilimitada se ejerció en todos los campos de concentración y fue clave para la diseminación del terror entre los secuestrados [...]"<sup>9</sup>.

En estos contextos de absoluta vulnerabilidad, una de las formas específicas de amedrentar y causar sufrimiento, especialmente a las mujeres, fue la violencia sexual. Estos delitos que son habituales en los conflictos armados y en las dictaduras, se llevan a cabo como una forma más de dominación sobre los cuerpos de las mujeres.

En este orden de ideas sostiene Dora Barrancos que "sin duda, hay una diferencia de género en los atributos de los que se invistió el horror del Terrorismo de Estado: las violaciones, las condiciones del parto y el secuestro de los recién nacidos aumentaron la victimización de las mujeres [...] No sostengo que las mujeres sufrieran más que los varones, sino que les fueron infligidos repertorios más amplios de suplicio, hubo más alternativas para el sufrimiento"<sup>10</sup>. En casi todos los informes y testimonios sobre la tortura en los Centros Clandestinos de Detención, el cuerpo femenino aparece como un objeto especial para los torturadores: "[...] El tratamiento de las mujeres incluía siempre una alta dosis de violencia sexual. Los cuerpos de las mujeres -sus vaginas, sus úteros, sus senos-, ligados a la identidad femenina como objeto sexual, como esposas y como madres, eran claros objetos de tortura sexual"

Si bien las violaciones fueron sufridas también por varones, las principales víctimas fueron mujeres a las que se les infringió otros tipos de violencia sexual como por ejemplo la desnudez forzada, y violencias que tienen que ver con particularidades biológicas de la mujer como su carácter de gestante.

Los actos de violencia sexual no eran actos aislados, sino que se repetían en todos los Centros Clandestinos de Detención.

Los cuadros inferiores de las fuerzas armadas tuvieron 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>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Calveiro, Pilar, Poder y Desaparición: los campos de concentración en Argentina, Buenos Aires, Colihue, 2004, pág. 39.

• <sup>10</sup> Barrancos, Dora, Mujeres, entre la casa...Op. Cit., pág. 148.

<sup>11</sup> Causa 13/84, capítulo XX: (Cuestiones de hecho Nros. 88, 130, 131, 132, 133, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149 y 150)

### **3.- Autoría y participación.**

A efectos de analizar la posible responsabilidad de los mandos superiores en los delitos sexuales perpetrados en los centros clandestinos de detención durante el Terrorismo de Estado en Argentina nos adentraremos en cuestiones de dogmática penal que analizan modelos de imputación.

#### **La autoría mediata como criterio de distinción entre autores y partícipes**

El concepto de autoría mediata plantea un dilema a cualquier teoría que pretendiera distinguir entre autores y partícipes. Sobre este tema, Sancinetti<sup>12</sup> ha afirmado que: “la autoría mediata no requiere una definición legal que ‘habilite’ esta forma de imputación de un hecho ajeno, como si fuera propio; porque la interpretación de los tipos penales es lo que permite concluir si un cierto hecho cometido por un hombre ‘a través de otro’, realiza el tipo legal. Si la prohibición de matar es directamente aplicable a quien induce a otro en error sobre el carácter mortífero de su propio hecho, o si esto no es lo mismo que matar, es una cuestión de hermenéutica, de interpretar la significación del tipo penal respectivo, que no se simplifica en absoluto por el hecho de que en la parte general se incluya una regla como: ‘autor mediato es quien comete el hecho por medio de otro’... Brevemente, la imputación por autoría mediata no encuentra su problema principal en la inserción de un precepto en la parte general.”

Decía antes que la autoría mediata —y también la coautoría— es la que pone en crisis algunos intentos de distinguir entre autores y partícipes. La pregunta consistiría, entonces, en determinar si existe una real necesidad de formular esa distinción.

En principio, la diferenciación es importante por dos consecuencias prácticas que derivan de ella: en primer lugar, todos los aspectos relacionados con la escala penal aplicable; en segundo término, la cuestión referida a la “accesoriedad”, entendiéndola como la dependencia de la punibilidad del hecho del partícipe respecto del ilícito del autor.

Respecto de la primera cuestión, cualquier persona no formada en derecho, intuitivamente, tendería a suponer que si alguien es autor debe corresponderle una escala penal de mayor gravedad que para quien no lo es. Sin embargo, este problema —práctico— es más aparente que real, porque tanto en Argentina como en otros países latinoamericanos el marco penal es coincidente, al menos para los autores, los instigadores y los cómplices necesarios.

Parecería, por lo tanto, que el esfuerzo debería dirigirse no tanto a distinguir entre autor y partícipe, sino, antes bien, entre cooperación necesaria y cooperación no necesaria, a las que se les otorga marcos punibles diferentes. En verdad, la distinción entre autor y partícipe involucra otro problema: la dificultad en distinguir al cómplice necesario del coautor. Lo más importante es, en palabras de Bustos Ramírez, que coautor es “aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho, conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de mutuo acuerdo”.

Resta analizar la segunda consecuencia práctica que hace necesaria la distinción entre autores y partícipes (cómplices e instigadores): a) el carácter autónomo que el autor tiene en

---

<sup>12</sup> Marcelo Sancinetti, *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 631 y sig.

la realización del hecho punible; y b) el carácter dependiente de la punibilidad del partícipe respecto del ilícito del autor. En otras palabras, la distinción determina cuál de los sujetos es el destinatario de la norma principal —v. gr., no dirijas tu acción a matar— y cuál de los sujetos es autor de la norma derivada de la anterior, que prohíbe la instigación o la colaboración en el ilícito ajeno. El problema no se presenta, como vimos, por la pena a aplicar, sino antes bien, por las condiciones jurídicas que debe tener el hecho principal (el hecho del autor).

Pero esta dependencia puede significar dos cosas. Por un lado, que ya es posible hablar de participación si hay comienzo de ejecución del hecho principal; por el otro —al parecer, tal como Bockelmann planteaba la discusión—, la accesoriedad puede estar dirigida a exigir que el hecho principal del autor haya alcanzado cierto grado de desarrollo en el marco de la estructura de la teoría del delito (accesoriedad externa). Así, mencionaremos que sólo puede ser punible el hecho del partícipe si el hecho del autor es típico (accesoriedad mínima); o si es típico y antijurídico (accesoriedad limitada); o si es típico, antijurídico y culpable (accesoriedad máxima o extrema); o, por último, si es típico, antijurídico, culpable y punible (hiper-accesoriedad) (accesoriedad interna). La primera de las cuestiones sobre el concepto de accesoriedad es lo que Welzel denominó “accesoriedad externa” de la participación; la segunda fue denominada “accesoriedad interna”.

Si bien en algunas legislaciones la inducción (instigación) y la cooperación (complicidad) son entendidas como casos de autoría, de todos modos debe resolverse el problema de la accesoriedad apuntado, no ya para distinguir entre autor y partícipe, sino para determinar cuándo el inductor y el cooperador son punibles, porque sus conductas siguen ligadas a un hecho que les resulta ajeno.

El fundamento de la punibilidad del partícipe para quienes abrazan la accesoriedad máxima, estriba en lo que se ha conocido como la teoría de la corrupción: lo ilícito de la participación se explica en que el partícipe ha inducido al autor o colaborado con él para que se haga acreedor de una pena. El problema principal de la accesoriedad máxima consiste en que se abriría una puerta hacia la impunidad de quienes instiguen a aquél que nunca será culpable —v. gr., un inimputable—. Sin embargo, este posible planteo de impunidad se resuelve una vez aceptada la autoría mediata: quien induzca a un inculpable responderá como autor mediato del hecho cometido por el autor material que no cumple los presupuestos de la culpabilidad. La autoría mediata ofrece, de nuevo, una respuesta aceptable.

#### **4.-Otras posibilidades dogmáticas para imputar responsabilidad**

##### **La autoría desde el Delito de infracción de deber**

Posteriormente, en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho, hizo su aparición la categoría de los delitos de infracción de deber<sup>13</sup>.

Y como era de esperarse, la incursión de este grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del hecho no podría haber sido pacífica<sup>14</sup>. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo que caracteriza a la autoría, se hizo

<sup>13</sup> Se muestra escéptico de un modo general con el concepto de «lesión de un deber» por considerarlo «no siempre suficientemente preciso»: Silva Sánchez, 1998, pp. 205-226, 211.

<sup>14</sup> En la doctrina alemana están a favor de la nueva categoría, aunque con una fundamentación no siempre coincidente, entre otros: Sánchez-Vera., Jakobs; Bloy, Schröder/Cramer/Heine, Kühl. En cambio, no simpatizan con la construcción de los delitos de infracción de deber, también con argumentos variados, entre otros: Hardwig; Langer, Stein, Stratenwerth, Maurach, Zipf, Herzberg.



inevitable levantar algunos reparos contra los delitos de infracción de deber, pues no en vano el dominio del hecho había conseguido para sí el peso de la tradición. Pero, al mismo tiempo, la presencia de este nuevo concepto sugería de alguna forma un examen del estado de la cuestión en la autoría, porque quizá el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría.

La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho fue la muestra más evidente.

Existen tipos penales que per se no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que —dicho en términos más directos— sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el intraneus puede ser autor.

En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no<sup>15</sup>.

#### **Claus Roxin y los delitos de infracción de deber.**

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extra penales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho»<sup>16</sup>.

Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en “figura central del suceso de la acción”. Pero más allá de ello Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador<sup>17</sup>.

#### **Postura de Jakobs en los delitos de infracción de deber.**

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta por Roxin, en la evolución de dicha categoría fue Jakobs<sup>18</sup> quien, en el marco de un pensamiento

---

<sup>15</sup> Sánchez-Vera, 1998, p. 168.

<sup>16</sup> Roxin, 2000 [a], p. 354. Que los deberes en los delitos de infracción se refieren únicamente a determinados obligados especiales quedó más claro en el pensamiento de Roxin a partir de la 3a edición de su monografía sobre la autoría. Roxin corrigió su concepción originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como delitos de infracción de deber. Esto fue así porque con posterioridad Roxin advirtió en que el deber en los delitos imprudentes —deber general de cuidado— se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; así cfr. la explicación en detalle sobre esta cuestión del mismo Roxin en la 7a ed., p. 697.

<sup>17</sup> Cfr. Roxin, 2000 [a], p. 386

<sup>18</sup> Cfr. Representativo de su concepción, Jakobs, 1991, 7/70, 21/115, 28/15; el mismo, 1996, 1998), 2000 [a], pp. 57-72, 63 ss etc...

normativista del sistema del Derecho Penal, ha efectuado su análisis dogmático para una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

Para este autor la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor.<sup>19</sup> Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.

Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización —cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio—.

Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general —y el primero que antecede a todos— el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*—; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho.

La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica.

La existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad.

Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado.

Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desapruueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional —a los que pertenecen los delitos de infracción de deber—.

Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial.

Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la

---

<sup>19</sup> En este punto: Jakobs, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57; el mismo, 1997, pp. 348 y ss., 362 s.; el mismo, 1996 [b], pp. 19 y ss. Cfr. además los aportes de Derksen, 1993, pp. 163-176, 170 y ss.; y Lesch, 1992, pp. 263 y ss.

imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho<sup>20</sup>.

### Tipo de Deber

La entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la autoría delictiva en dos grandes grupos<sup>21</sup>: a) autoría mediante delitos de dominio, y b) autoría mediante delitos de infracción de deber.

De este modo, la aparición de los delitos de infracción de deber viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único criterio útil para determinar la autoría delictiva. Entonces surge la pregunta ¿cómo opera la categoría de los delitos de infracción de deber y a qué deber se refiere?

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como “obligado especial”. Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídico penal a los efectos de la determinación del título de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez —intraeus— que encarga indebidamente a una de las partes —extraneus— la redacción de la sentencia infringe su deber especial a título de autor a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el extraneus tampoco responde como autor<sup>22</sup>, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer porque, sencillamente, él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta.

La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración —abstracta— y no en el nivel del suceso —fáctico— del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente<sup>23</sup>.

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción de deber. Pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber.

En principio, el delito de dominio se refiere al deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes —neminem laede—. Este deber alcanza a todas las personas, sin excepciones ni diferencias, y su configuración originaria tiene un contenido negativo porque este deber no obliga a la persona a permitir a los demás hacer determinada cosa, sino que más bien la obligación es de “no lesionar” a los demás, es decir, de configurar el propio ámbito de organización sin que de él se deriven consecuencias lesivas para los demás. En este grupo de delitos la relación que se establece entre las personas posee entonces un contenido negativo: “cuida de que tu organización no se convierta en ninguna razón para la merma de la posesión de un derecho de otra persona”<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Sánchez-Vera, 1998, pp. 22 y ss., 29 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Jakobs, 1991, 21/1, para quien esta clasificación constituye el punto de partida en su estudio de la autoría.

<sup>22</sup> Aunque puede surgir para él una responsabilidad a título de partícipe porque con su acto de dominio infringe el deber general de «no dañar», puesto de manifiesto a través de su colaboración a la realización de un delito ajeno, cfr. al respecto infra III, nota 43.

<sup>23</sup> Cfr. Lesch, 1992, p. 264.

<sup>24</sup> Jakobs, 1993, p. 2; también Lesch, 1992, p. 264, donde señala que el deber en estos delitos se concreta en el sentido de que «todas las personas tienen que mantener su organización (ámbito de competencia) dentro del Ordenamiento y

Hegel aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica en este punto. Según este autor todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre: «en tanto que cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una persona»<sup>25</sup>. Por eso el mandato jurídico general reza: «sé una persona y respeta a los otros como personas»<sup>26</sup>.

Siguiendo a Jakobs podemos afirmar que este mandato representa el deber más general que recae sobre todas las personas, el de no lesionar a los demás mediante la configuración de la propia organización, o lo que es lo mismo, el de respetar a los demás en sus derechos. Conforme a este principio, en una sociedad civil no se debe lesionar a los otros, con los que se lleva a cabo una vida en común.

Quiere decir que cada cual, especialmente en el contacto con esferas de organización ajenas, es competente individualmente para administrar su propio ámbito de organización en el marco del deber general. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos.

La organización del portador del deber, con independencia de si el comportamiento es activo u omisivo, debe mantenerse dentro del riesgo permitido. Visto con un ejemplo: el propietario de un perro no solamente no debe azuzar al animal contra unos transeúntes, sino que debe sujetarlo cuando el perro por sí mismo amenaza con morder a los transeúntes<sup>27</sup>. En ambas situaciones se aprecia que el deber de no dañar se corresponde con la obligación originaria de respetar a los demás como personas. Cómo ha de cumplir la persona aquél deber jurídico, es su propio asunto. Aquí es irrelevante cómo el deber finalmente resulta infringido, sea mediante una acción (azuzando al perro) o a través de una omisión (no sujetando al perro). Entonces el fundamento de la responsabilidad en este grupo de delitos se basa solamente en la infracción del deber general de no dañar a los demás en sus bienes.

#### Las instituciones positivas

Los deberes que se refieren a la categoría de los delitos de infracción de deber se fundamentan en las instituciones positivas<sup>28</sup>, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Una institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye<sup>29</sup>.

Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente no dañe los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión. De este modo se establece una responsabilidad por las consecuencias de la incorrecta administración de su ámbito de competencia institucional. Esto quiere decir que la responsabilidad jurídico-penal en este grupo de delitos se fundamenta sólo en la lesión de

---

evitar determinados efectos no deseados de su organización».

<sup>25</sup> Hegel, 1808-1817, § 4, p. 233.

<sup>26</sup> Hegel, 1821, § 36, p. 52.

<sup>27</sup> Ejemplo sugerido por Sánchez-Vera, 1992, p. 60.

<sup>28</sup> Cfr. Jakobs, 1991, 29/58

<sup>29</sup> Jakobs, 1991

un deber asegurado institucionalmente<sup>30</sup>.

Jakobs clasifica las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho penal, y según su concepción constituyen instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial, y, para los deberes genuinamente estatales —las relaciones estatales de poder—, la función policial de velar por la seguridad, elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho.

Si bien muchas de estas instituciones se encuentran reguladas de un modo disperso en las leyes, lo que da lugar a que a menudo los deberes se deduzcan directamente de la ley, ello no es obstáculo para reconocer la legitimidad de una institución como haz fundamental de derechos y obligaciones para el aseguramiento y fomento de las libertades de la persona.

Los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan únicamente a un deber negativo general de no dañar, sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica.

Por esta razón el Derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger.

Entre el obligado especial y el bien se crea un mundo en común que él debe mantener alejado de cursos dañosos.

### **Autoría y participación en los delitos de infracción de deber**

En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta, o de cómo él domine el hecho.

Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización<sup>31</sup>. Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

#### ***La autoría del “obligado especial”***

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe<sup>32</sup>. Esto es así porque el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o quién hace menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio porque sólo el dominio puede ser cuantificado y en función de ello determinarse la

<sup>30</sup> Cfr. Jakobs, 1991, 21/2; Lesch, 1992, p. 299

<sup>31</sup> Cfr. Lesch, 1992, p. 298.

<sup>32</sup> No obstante, en los delitos de infracción de deber puede participar un extraneus. Por ejemplo, en el caso antes mencionado de una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez la ejecuta.

magnitud del aporte.

Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere más bien a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa<sup>33</sup>. Por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado el mundo en común que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección<sup>34</sup>.

### ***¿Cual es la respuesta a la accesoriedad de la participación?***

La accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ella pertenece más bien a los delitos de dominio. Por eso no le falta razón a Jakobs cuando afirma que más precisa que la denominación 'delitos de infracción de deber' sería la de 'delitos con deber que pasan por alto' la accesoriedad<sup>35</sup>.

Que en los delitos de infracción de deber no rija la accesoriedad de la participación da lugar a una consecuencia dogmática importante: todos los actos del obligado especial que comporten una lesión para los bienes que debe proteger generan para él una responsabilidad penal a título de autor.

En esto radica precisamente lo anotado al principio de este apartado, en el sentido de que la infracción del deber es independiente de la organización y de la forma en que en se lleve a cabo la conducta lesiva.

### ***Coautoría y autoría mediata en los delitos de infracción de deber***

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata<sup>36</sup>.

La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que ésta presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son intranei, ni cuando un intraneus y otro extraneus llevan a cabo conjuntamente el hecho típico.

Cada obligado especial lesiona personalmente y, por separado, su deber, ciertamente aunque hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones.

Algo similar ocurre en el ámbito de la autoría mediata, donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás.

En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata<sup>37</sup>. Que el hombre de delante sea un extraneus y el hombre de detrás un intraneus, o viceversa, no cambia nada. Igualmente cuando tanto el hombre de delante como el hombre de detrás son dos intranei.

La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de delante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor. Todo esto permite concluir en que como el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto se domine en una situación típica, el obligado especial ha nacido para

<sup>33</sup> Cfr. Jakobs, 2000 [d], p. 165-194, 170.

<sup>34</sup> Cfr. Jakobs, 1993, p. 5.

<sup>35</sup> Jakobs, 1991, 21/119.

<sup>36</sup> En general sobre la inadmisibilidad de las figuras de la coautoría y de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de infracción de deber, cfr. Sánchez-Vera, 1998, pp. 147 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. Roxin, 2000, p. 360.

ser sólo autor directo y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice).

Es en este sentido en que desarrollaré mi análisis con relación a los delitos sexuales cometidos en el contexto de la dictadura militar y en los CCD.

### **5.- Justicia transicional. Responsabilidad de autores y partícipes en el derecho penal internacional y tribunales penales internacionales.**

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, una comisión creada por los aliados para adjudicar responsabilidad a los oficiales alemanes, entendió que ello podía llevarse a cabo mediante una combinación de distintos factores: poder de intervención, conocimiento de los crímenes que realizaban los subordinados y la omisión de actuar ante tales circunstancias. Sin perjuicio de que en Estados Unidos y en Japón esta idea no fue bien recibida, lo cierto es que los juicios realizados en Alemania, reconocieron la existencia de tales deberes y obligaciones para los comandantes.

La cuestión después de la Segunda Guerra, siguió el rumbo apuntado, aunque con algunas diferencias entre lo que ocurrió en el Tribunal Militar de Nüremberg y el de Tokio.

En el primero, se responsabilizó por su directa actuación a los oficiales nazis, mientras que en Tokio la responsabilidad se dirigió tanto a militares como a civiles por no prevenir la ocurrencia de atrocidades ejecutadas por sus subordinados. Especialmente se tuvo en cuenta lo ocurrido con los prisioneros de guerra y con el sistemático exterminio de civiles. En estos juicios quedó clara la idea que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que además tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados.

Los juicios subsiguientes que continuaron en Europa<sup>38</sup> sentaron las bases sobre la posibilidad de responsabilizar a quien tuviera el poder de hecho sobre los subordinados, cuando estos, claro está, habían cometido delitos.

Lo llamativo es que, a pesar de toda esta jurisprudencia, no se adoptó en los convenios suscritos en aquél momento ninguna norma clara al respecto. Prueba de ello es la falta de mención a la responsabilidad de los superiores en el Convenio de Ginebra de 1949.

Hay quienes sostienen, que justamente esta falta de "normativización" de los principios adoptados por los tribunales, provocó un desinterés en la cuestión que duró por lo menos hasta 1977, cuando se introdujeron los artículos 86 y 87 en el Protocolo I a los Convenios de Ginebra.

La responsabilidad del superior por los actos de los subordinados es retomada con renovado vigor por los Tribunales para la Ex Yugoslavia (TPY) y Rwanda (TPR).

Respecto del primero, es bueno aclarar que hasta el caso Čelebići, los cargos imputados siempre fueron por directa participación de determinadas personas, ya que de esta manera era más fácil la prueba y consecuentemente la condena.

Primero la discusión del tribunal en el caso Čelebići, y en el caso Blaškić, fueron los que orientaron que algunos de los principios ya asentados por la jurisprudencia en tiempo de la posguerra, se plasmaran en el art. 28 del Estatuto de Roma.

Resulta interesante describir sintéticamente cual fue el criterio del TPY en los dos casos

---

<sup>38</sup> U.S. v. Von Leeb (High Comander case) –1950-; U.S. v. List (Hostage case) –1951-; U.S. v. Wezsacker (Ministries case) –1952-, todos citados por Ilias Bantekas, The Contemporary Law of Superior Responsibility, American Journal of International Law, 93:573.

citados y en el caso Kordic.

Centraré la atención en tres aspectos generales que atraviesan en mayor o menor medida todas las decisiones mencionadas.

En primer lugar, para que se pueda adjudicar la responsabilidad al superior por actos que no ha cometido directamente, se debe partir de la base de la existencia del deber de evitar tales actos, o de sancionarlos después de cometidos. Regulaciones expresas sobre esos deberes se encuentran, en el art. 86 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra, y en las disposiciones de los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Rwanda.

En el caso Blaškić, la Cámara de Juicio enfatizó que las obligaciones de prevenir o sancionar, no le da al acusado la posibilidad de elegir alguna de las dos. Obviamente, dijo la Cámara, cuando el acusado sabía o tenía motivos para saber que los subordinados estaban cometiendo crímenes, debería acreditar que tomó todas las medidas a su alcance para que esos actos no se realizaran. El deber de sancionar, dijo la Cámara de Juicio en el caso Kordic, consiste en la obligación de investigar los actos y de denunciarlos ante las autoridades competentes, si el superior no tiene el poder por sí mismo para sancionar.

En segundo lugar, la responsabilidad del superior se asienta sobre la existencia de una relación de subordinación con quienes efectivamente ejecutan los actos ilícitos. La cuestión que se ha planteado es como tiene que ser tal subordinación, en el sentido de si debe existir una subordinación establecida por reglas, o si tiene que existir una subordinación de hecho. La concepción de “subordinación de jure” fue aplicada por el TPR en el caso Akayesu, quien era la cabeza de la administración comunal, y la persona designada para el mantenimiento y recuperación de la paz. Más complicado resulta la determinación del poder de hecho respecto de los subordinados: debe acreditarse poder de influencia hacia los subordinados, capacidad de implementar órdenes, y decisión sobre distribución de tareas entre los subordinados.

Siguiendo los enunciados de este fallo, la Cámara de Juicio en el caso Kordic expresó que, “en otras palabras, no sólo las personas que tienen formalmente una posición de dirección, sino también las que tienen efectivamente la dirección debida a estructuras informales, con el poder de prevenir y penar la comisión de crímenes ejecutados por personas que estaban de hecho bajo su control, pueden ser responsabilizados sobre la base de su autoridad superior”.

En cuanto a la relación que debe existir entre superior y subordinado, la Cámara de Juicio y la de Apelaciones estableció en el caso Čelebići que la relación puede ser directa o indirecta: directa en el sentido de la existencia de una organización jerárquica, e indirecta en el sentido de que es innecesario la existencia formal de una organización sino que lo que se debe tener en cuenta es el poder real de control entre superior y subordinado.

En relación a esto último, y, específicamente a que los civiles puedan ser responsabilizados atendiendo a los principios de “responsabilidad del superior”, en Kordic, la cámara de Juicio entendió que aquéllos podían ser responsabilizados si se demostraba que poseían el poder necesario de control de los autores directos. Concluyó el tribunal que “en suma, solamente incurren en responsabilidad los superiores, ya sea de jure o de facto, quienes claramente están en una cadena de comandos, en forma directa o indirecta, con el poder real de control o sanción de los actos de los subordinados.”

En tercer término, las decisiones de los tribunales han evaluado el aspecto subjetivo al adjudicar responsabilidad. Se han tenido en cuenta un abanico de posibilidades que van



desde el conocimiento directo de los actos que realizan los subordinados, a la presunción de conocimiento de tales actos; esta última presunción, a veces fue formulada con el estándar “había razones para conocer” los actos de los subordinados<sup>39</sup>.

Veamos ahora como trata el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de superiores por hechos cometidos por subordinados.

El artículo 28 del Estatuto dispone la responsabilidad de los jefes y otros superiores en dos secciones. El párrafo (a) trata la responsabilidad de los jefes militares. El párrafo (b) detalla la responsabilidad de los jefes civiles. Este último párrafo es novedoso, y es consecuencia de la experiencia recogida en los últimos tribunales internacionales, especialmente el que juzga los crímenes de guerra ocurridos en Rwanda.

Los jefes militares pueden ser responsables por aquellos crímenes que cometan sus soldados, si los jefes conocían o deberían haber conocido que estos crímenes se estaban cometiendo, y si por negligencia no tomaron las medidas necesarias para prevenir o impedir la comisión de tales delitos.

Esta es en realidad una regulación complicada, difícil de ser encuadrada en una categoría dogmática determinada. Parecería que la imputación es lo que algunos reconocen como una “omisión impropia”: el jefe tiene una especial posición de garantía, que lo obliga a actuar cuando conoce los abusos. Entonces, de ser así, el artículo recoge los requisitos característicos de esta elaboración dogmática: situación de riesgo para el bien jurídico, advertida (esto también es complicado en el régimen del Estatuto) por quien tiene una especial posición de garante frente al bien, y omisión de actuar. El problema es que en el caso del estatuto la conducta omisiva puede ser de tipo imprudente.

En el caso de los superiores no militares los elementos de la ofensa son los mismos a los detallados antes, con la excepción del elemento relacionado al conocimiento de la comisión del crimen. Los civiles a quienes se refiere esta disposición son los líderes políticos, hombres de negocios y altos mandatarios. Los jefes militares están sujetos a estándares más estrictos según el derecho internacional humanitario, debido a la estructura militar y la necesidad de mantener la disciplina militar que hacen esta medida necesaria y conveniente.

Vale la pena resaltar que la presencia de una jerarquía de poder es una condición necesaria para determinar la responsabilidad de un superior. Sin embargo, el poder no deriva solamente de la posición oficial de la persona acusada. El factor determinante es el ejercicio efectivo de autoridad y control sobre las acciones de los subordinados. El control puede ser otorgado oficialmente o simplemente ejercido de hecho.

## **6.- La justicia en las causas por terrorismo de Estado en Argentina (Ultima dictadura Militar 1976/1983).**

### **El Juicio a las Juntas Militares. Causa 13/84.**

---

<sup>39</sup> En Čelebići, tanto la Cámara de Juicio como la de Apelaciones se pronunciaron a favor del estándar “había razones para conocer”, pero aclararon que el alcance que había que darle era el mismo que el que tenía el Art. 86 del Protocolo de los Convenios de Ginebra I: “tenía información que le hubiera permitido concluir”. Ello se aclaró en Kordic: se debe entender que el superior tenía “razones para conocer” cuando estaba en posesión de suficiente información que permitía que advirtiera que probablemente sus subordinados estaban cometiendo actos ilícitos.

El 9 de diciembre de 1985, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, dicta sentencia en el marco del Juicio a las Juntas Militares (Causa 13. Año 1985). El Tribunal se encontró ante un caso en donde los jefes militares no habrían estado presentes cuando se cometían los hechos que se tuvieron por probados.

Así, debieron justificar la responsabilidad penal de los titulares de las juntas militares, y para ello lo hicieron interpretando los conceptos de autoría y participación que derivaban de la legislación vigente en Argentina al momento de los hechos. En otras palabras, para arribar a un fallo condenatorio no hubo una modificación legislativa ex post facto que hubiera tenido graves problemas de aceptación en vista de las garantías que emergen del principio de legalidad.

El capítulo VII de la sentencia trata precisamente sobre “la participación” de los enjuiciados. El primer punto es una referencia a los hechos que se tuvieron por probados. Los jueces consideraron que: “Según ha quedado acreditado en la causa, en una fecha cercana al 24 de marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de 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 bien eliminado físicamente. Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente... Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno. También ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado”.

Una vez determinados estos hechos, el Tribunal en el punto VII.2 abordó directamente la

atribución de responsabilidades y dijo : ...“Se trata ahora de establecer si los procesados que emitieron tales órdenes son o no responsables, y en su caso bajo qué forma, de los delitos que imputa la Fiscalía, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos ha realizado personalmente las acciones prescriptas en los respectivos tipos penales. La acusación de la Fiscalía atribuía responsabilidad en carácter de autores mediatos. Fundamentalmente, la Fiscalía entendía que la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del art. 514 del Código de Justicia Militar Argentino, como de la última parte del Código Penal en cuanto extiende la pena prevista a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo.”

A esta atribución de responsabilidades efectuada por la Cámara la estrategia defensiva consideró que : Que el Código Penal Argentino no se adecuaba a la teoría del dominio del hecho como criterio fundamentador de la autoría, sino a la teoría formal-objetiva, punto de vista que conduce a que sólo puede ser considerado autor quien haya "ejecutado" la acción típica.

Que la legalidad del delito y de la pena perderían estabilidad si pudiera definirse a la autoría fuera de los contornos del tipo. c) Que la autoría mediata resultaba inaplicable cuando el instrumento es responsable, pues allí no puede decirse que quien está detrás del autor directo tiene el dominio del hecho. d) Que la teoría del aparato organizado de poder fue concebida para un supuesto fáctico distinto del que se juzgaba en esta causa y que había sido muy resistida por la doctrina, por problemas que generaba su aplicación a todas las personas que se encuentran entre el que ordenó y el ejecutor. e) Que tampoco los procesados son instigadores de los delitos cometidos, pues habría que sujetarse a los principios de la accesoriedad de la participación, los que se encontraban ausentes, en el caso.

El punto VII.6 de la sentencia, bajo el subtítulo “El camino a seguir”, señaló que “...a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre estos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.”

La lectura del fallo permite afirmar entonces que, luego de una extensa compilación de las teorías más relevantes sobre la autoría y la participación, los jueces llegaron a la conclusión de la imputación de responsabilidad en calidad de autores mediatos.

Para la afirmación de ese carácter de responsabilidad, se utilizó la normativa vigente.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo de fecha 30.12.1986) es confirmatoria de la obrada por la Cámara de Apelaciones pero rechaza la tesis seguida en dicho fallo y critica al teórico alemán Roxin, dejando establecida la interpretación de que los procesados no fueron "autores", sino "partícipes en calidad de cooperadores necesarios". En lo demás mantuvo inalterada la cantidad de absueltos y de condenados, con alguna leve diferencia en un par de montos punitivos.

En aquél momento, todavía estaba lejos de su creación de una Corte Penal Internacional, cuyo estatuto, el Estatuto de Roma” adoptó alguno de los criterios desarrollados.

En general y luego de la reapertura de las causas de lesa humanidad, la postura seguida por los diferentes tribunales de nuestro país - en cuanto a imputar autoría y participación- fue la del dominio del hecho, aplicando dicho criterio casi de manera indiscutible.

**7.- Una mirada del diferente. Algunas reflexiones sobre posibles caminos a seguir, en**

### **la imputación por delitos sexuales.**

La violencia sexual es una práctica reiterada en contextos de conflictos armados y guerras, y una manera diferenciada de causar dolor principalmente a las mujeres, pero su abordaje en el derecho internacional fue paulatina, lo mismo ocurrió en nuestro país.

La lucha permanente de los movimientos de mujeres y de grupos de derechos humanos por la evidencia del uso masivo de la violación, la esclavitud sexual, y otras formas de violencia sexual, cometidos contra las mujeres y niñas, tanto en situaciones de conflictos armados como de violencia general o sistemática, hizo que los tribunales nacionales e internacionales comenzaran a condenar por los mismos.

Las sentencias dictadas con motivo de los conflictos armados desatados en Ruanda y la ex Yugoslavia son precedentes históricos fundamentales; al concluir en que diferentes formas de violencia sexual – como la violación sexual- constituyen delitos de lesa humanidad, atento a las formas y circunstancias en que se cometieron los ataques.

En este derrotero en el año 1998 con el Estatuto de Roma quedan plasmados de forma pormenorizada, una serie de crímenes de violencia sexual y género catalogados como crímenes de lesa humanidad.

En búsqueda de más y mejores respuestas, releve información, documentos históricos, fallos de tribunales penales internacionales y material asociado referido a responsabilidad de los mandos superiores analizando las posibles soluciones que desde la dogmática penal, podrían ofrecerse.

En Argentina como en otros contextos a la hora de evaluar la forma y modo de imputación es necesario tener presente, la imposibilidad de probar la existencia de un orden superior que mandara a cometer los abusos sexuales, reconociendo que ello podría volverse un obstáculo a la hora de determinar responsabilidad de los mandos superiores.

Sabemos que la responsabilidad penal en calidad de autores de los superiores, no puede encontrarse limitada a los delitos cometidos en virtud de órdenes superiores que aparezcan plenamente probadas. En los diferentes procesos que se instruyen en causas por los delitos de Lesa Humanidad, surge palmariamente que los subordinados cometieron una serie de ilícitos, inclusive sin órdenes de los mandos superiores, y siempre dentro del marco de la clandestinidad e impunidad que les aseguraba el sistema represivo ilegal que imperaba en la época. Ante ello los jefes militares y de las fuerzas de seguridad, aparecen, como figuras muy bien posicionados para ser considerados autores.

Ahora bien y desde esta perspectiva hay que considerar, el aporte que ellos realizaron para permitir la comisión de los crímenes en cuestión, estos poseen una entidad y dimensión propia a la prestación del autor. Así, ellos no sólo fueron responsables del funcionamiento general de los centros clandestinos donde los subordinados realizaron los abusos, sino que también decidieron el secuestro y la posterior privación ilegítima de la libertad así como los delitos que en tales circunstancias de vulnerabilidad se cometían.

Las condiciones de permanencia clandestina (tales que era obvio que esos abusos podían cometerse) aseguraron además la impunidad de sus autores materiales.

Desde tal óptica los mandos superiores aparecen con una cuota de responsabilidad ante el incumplimiento de sus deberes.

El efectivo control o en su caso la posibilidad de evitación que los mismos les correspondía y que guardaban para sí, en la comisión que realizaban los subordinados- les genera responsabilidad en carácter de autores

Las omisiones, importaron infracciones a los deberes que les correspondían en virtud de la responsabilidad institucional que los mismos tenían.

En ese devenir una única respuesta a la hora de imputar responsabilidad en estos contextos; no aparece como plenamente satisfactoria.

La teoría del “dominio del hecho”, por sí sola, tiene dificultades para compatibilizar la posición tradicional de la autoría mediata, lo que lleva a su dudosa viabilidad.

Así lo sostuvo el profesor Enrique García Vitor cuando sostuvo - siguiendo a Jakobs- que: “... la determinación de la autoría a través del dominio del hecho, de la cual la tesis es recipiendaria, ha entrado como consecuencia de la normativización del sistema en un cono de sombras, convirtiéndose por ello en un criterio insuficiente para cumplir el cometido que se había propuesto...”

Se suman a esta crítica, cuestiones metodológicas que no han sido resueltas por la teoría mencionada para analizar estos casos, como la que corresponde a determinar por ejemplo ¿quién es el garante?, para cuya respuesta ha tenido Roxin que acudir a una concepción de algún modo naturalista del mismo, considerando que lo es, quién controla el ámbito en que se produce el resultado lesivo.

Así las críticas han sostenido que las tesis que modifican el entendimiento del “dominio del hecho” para lograr la punibilidad de ambos sujetos tienden a desnaturalizar el concepto y más bien dan la impresión de ser soluciones de emergencia.

A mi criterio la tesis ideada por Roxin y luego ampliamente desarrollada por Jakobs – en delitos de infracción de deber- aparece como la que ofrece mejores soluciones, desde la dogmática penal, para estos contextos. Una vez aceptada la categoría de los “delitos de deber” (diferentes de los “delitos de dominio”) y considerando su aplicación para definir la autoría y participación desde esas categorías, se llegaría a soluciones más ajustadas para atribuir responsabilidades. Evitándose con ello conforme lo expresara Jakobs ; un defecto de imputación concurrente, en un sujeto que actúa con posterioridad, -rechazando de tal modo la posibilidad de la misma- en los casos en que concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que solo la causación a través de la naturaleza es una causación directa para un sujeto, no siendo necesario además que ella exista.

Por ello si bien tanto la definición como la delimitación de los “delitos de infracción de deber” continúe siendo debatida, considero a la categoría absolutamente valiosa para analizar el aporte prestado por los mandos superiores, en la perpetración de los delitos sexuales, para valorar la real entidad del injusto.

Desde tal abordaje encontramos un filtro para separar, por un lado la responsabilidad de aquel que realizó la conducta típica y por otro la de quien puso a la víctima en la situación de peligro, debiendo éste último responder como autor por los deberes y responsabilidades institucionales que le competen, aun en un régimen al margen de la legalidad como el instaurado en nuestro país.

Esos mandos militares infringieron sus deberes institucionales, e incluso agravaron la situación de víctimas del terrorismo de Estado, instaurado por ellos, y en tal contexto los abusos sexuales cometidos por los subordinados, no fueron evitados, esa es razón suficiente para imputarles en carácter de autores, dicho injusto por los deberes incumplidos. Los jefes del plan, si bien no cometieron de mano propia el delito en cuestión, aparecen como responsables de los abusos sexuales en calidad de autores, ya que en su carácter de funcionarios instauradores del plan represivo - tienen la categoría de obligados especiales, con un deber asegurado institucionalmente- propiciaron las condiciones para la comisión de los mismos, no pudiendo sustraerse de sus deberes institucionales.

Es posible sostener entonces, desde esta lógica que si como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad de un foco de peligro, éste desemboca con seguridad en un resultado típico, lo que demuestra que el portador de un deber especial no administró correctamente su ámbito de competencia institucional, eso lo hace responsable a título de autor, sin importar que la lesión sea realizada mediante una acción o mediante una omisión. Con independencia de la concreta fórmula que se adopte, lo relevante es orientarse a identificar los fundamentos con los que se impute responsabilidad, como si de un autor por acción se tratara a quien se limita a omitir estando obligado a preservar el bien jurídico lesionado o a controlar la fuente de peligro de que se trate, bien por su previa injerencia, bien por deberes estáticos de control, que le competen.

A aquel cuya conducta se califica como la de autor –por omisión–, el injusto no sólo debe resultarle imputable en términos normativos, en cuanto a la producción del resultado, sino también debe serle imputable la conducta que lo produce, considerando la omisión. Sólo entonces el delito podrá atribuirse al garante que omite.

Estas herramientas que nos acerca la dogmática penal en un periodo de transición como el presente y valorando las peculiaridades de la realidad latinoamericana, deben ser consideradas, pudiendo optar inclusive por soluciones mixtas; que admitan tipos puros de “infracción del deber”, sin renunciar, en otros casos, a los de “dominio del hecho”, cuando la figura penal así lo exija.

Todavía queda mucho camino por recorrer para desentrañar el gran problema teórico y práctico que representa la autoría y la participación en este tipo de delitos, circunstancias éstas que en contextos como los considerados en este trabajo, se complejizan.

La perspectiva de género en el abordaje reveló que tal como sucede en la justicia penal ordinaria los abusos sexuales tuvieron como víctimas centrales a - particularmente vulnerables en el ámbito de los Centros Clandestinos de Detención-, a las mujeres.

Asumir el compromiso de visibilizar los delitos sexuales cometidos durante el terrorismo de Estado como delitos autónomos, habilitándose desde los debates dogmáticos penales las más acertadas consideraciones teóricas para imputar responsabilidades a los mandos superiores, importa en los actuales escenarios que nuestra sociedad crezca sana y al compás de los principios que surgen del ideario de los derechos humanos, evitándose de tal forma lagunas de punibilidad.

El derecho penal, no obstante sus limitaciones, debe ser una herramienta que nos permita desde la posición político-criminalmente más acertada, procesos de justicia en los cuales este tipo de crímenes sean ventilados y sus responsables sometidos a un juicio justo. Sólo de esta manera tendremos esperanzas de efectivizar seriamente el derecho a la memoria del que somos titulares como sociedad.

## **8.- ¿ Que sucede con el abordaje de los delitos sexuales en la justicia ordinaria?. Estadísticas. Plazo razonable.**<sup>40</sup>

La evolución legislativa que contempla los derechos de las mujeres, inclusive de carácter internacional rarificados e implementados en nuestro país en los últimos años, no ha sido suficiente para modificar estereotipos del patriarcado que se reproducen en todas las agencias judiciales.

La ley no ha tenido la fuerza suficiente para operar sobre mecanismos psíquicos y concepciones internalizadas que dismantelen la trama que sostiene la lógica patriarcal en la

---

<sup>40</sup>Los datos y conclusiones consignados fueron presentados como trabajo final en el año 2014 del modulo de “Estadísticas” en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación en el Programa de Aspirantes a Magistrados. II Corte de la Provincia de Tucumán.

cual la mujer aparece más que como sujeta de derechos, como una “víctima” prácticamente olvidada.

En la justicia penal ordinaria delitos que afectan a un universo en su mayoría femenino - integridad sexual- que requieren por ello más y mejores respuestas, lejos de generar políticas criminales claras, o relevamiento de datos ciertos para conocer índices del flagelo, etc. , a fin de buscar salidas para atender la problemática, parecen haber sido abandonados a su suerte.

Es preciso tener presente situaciones en las si bien las denuncias son efectuadas y sostenidas en el ámbito judicial, muchas veces con alto grado de exposición y victimización, el largo tiempo que transcurre hasta que estas causas son llevadas a juicio oral trae aparejado que las víctimas transiten por lo que Ronald Summit, ha llamado la “Teoría de la Adaptación” o “Teoría de la Acomodación, que importa fases por las cuales puede pasar la víctima en las que, diferentes factores pueden determinarla a olvidar e incluso sostener que el hecho no ocurrió . Circunstancias que he presenciado en casos en que el proceso insumió más de 10 años.

Ante esta realidad y desde la hipótesis de que estos delitos ocupan un porcentaje muy significativo del total de los hechos denunciados ante la justicia, que afectan en su mayoría a mujeres, y que son cometidos por hombres; resolví efectuar un relevamiento de datos en el que tome como una de las variables el tiempo que la tramitación de dichas causas insumía.

Considerando que la demora obedece a que estos delitos son trabajados con mayor desidia desde la instrucción por ser considerados delitos de segunda o delitos de menor importancia.

Así la hipótesis de trabajo partió de considerar que: 1) las causas en donde se investigan delitos contra la integridad sexual tiene mayor incidencia porcentual en el universo seleccionado, 2) que el tiempo que su tramitación insume con relación a otros hechos es mayor, 3) que las víctimas son en su mayoría mujeres y los victimarios hombres..

La hipótesis de trabajo buscaba revelar si dicha circunstancia existía, demostrando en su caso la magnitud de dicha problemática y la falta de cumplimiento por parte del Estado con los tratados internacionales que tutelan los derechos de las mujeres.

Posibilitándose en su caso la elaboración de propuestas de relevamiento de datos y estadísticas globales, protocolos de abordaje para este tipo de delitos así como capacitación específica al personal y magistrad@s en donde los estereotipos machistas y patrones culturales del patriarcado sean desterrados.

Este trabajo relevó un universo de expedientes con sentencias definitivas de por un lapso de tiempo determinado en el cual las variables cualitativas consideradas fueron: Nro de Expediente, Sexo de la víctima (Masculino, Femenino, abstracto o sea que no afecta un bien jurídico determinado como el abuso de arma y Persona Jurídica) Sexo del victimario ( Masculino femenino), Fecha de inicio de la causa, Fecha de ingreso a cámara, Fecha de sentencia, Tipo de delito ( distinguidos por bien jurídico afectado, ellos fueron: sexual, propiedad, vida, integridad física, amenazas), Resultado de la sentencia ( sobreseimiento, condena, absolución) Fundamento del resultado (por prescripción, fallecimiento, inocencia, probation, abreviado ). Y como variables cuantitativas: tiempo (días), Duración del proceso en instrucción y hasta la efectiva elevación a juicio, duración del trámite en etapa de juicio hasta el dictado de la sentencia, días totales que insumió la tramitación del proceso.

**Las cifras hablan por sí mismas.**

De este relevamiento pude establecer que si bien actualmente contamos con herramientas desde la informática que permitirían conocer y relevar el estado de la cuestión, es una realidad que no hay una carga adecuada de datos lo cual impide contar con un registro confiable que permita relevar datos de forma correcta y acabada.

Esto importo que en la construcción de la matriz se haya tenido que acudir a una carga manual de los datos requeridos. Pudo determinarse con acuerdo a la hipótesis que si bien los delitos contra la propiedad son los más numerosos, afectan a la totalidad de la población (HOMBRES Y MUJERES) siendo los siguientes en cantidad los que afectan la integridad sexual, perpetrados en su casi totalidad contra mujeres, es decir que si bien la porción es menor al de la población contemplada en los delitos contra la propiedad; afectan en su totalidad a mujeres, por lo que su real incidencia es igual o inclusive mayor que el porcentaje que afecta a la propiedad.

Además puede concluirse que existe una cifra negra en estos delitos ( sexuales) que no se denuncian ya que ser víctima de robo o hurto no conlleva notas vergonzantes ni revictimizantes, que sí tienen los de contenido sexual, por lo cual podríamos presumir que habría además una cifra negra de delitos de ésta índole que ni siquiera son llevados a conocimiento de las agencias judiciales, que genera una cifra desconocida y de muy difícil cuantificación.

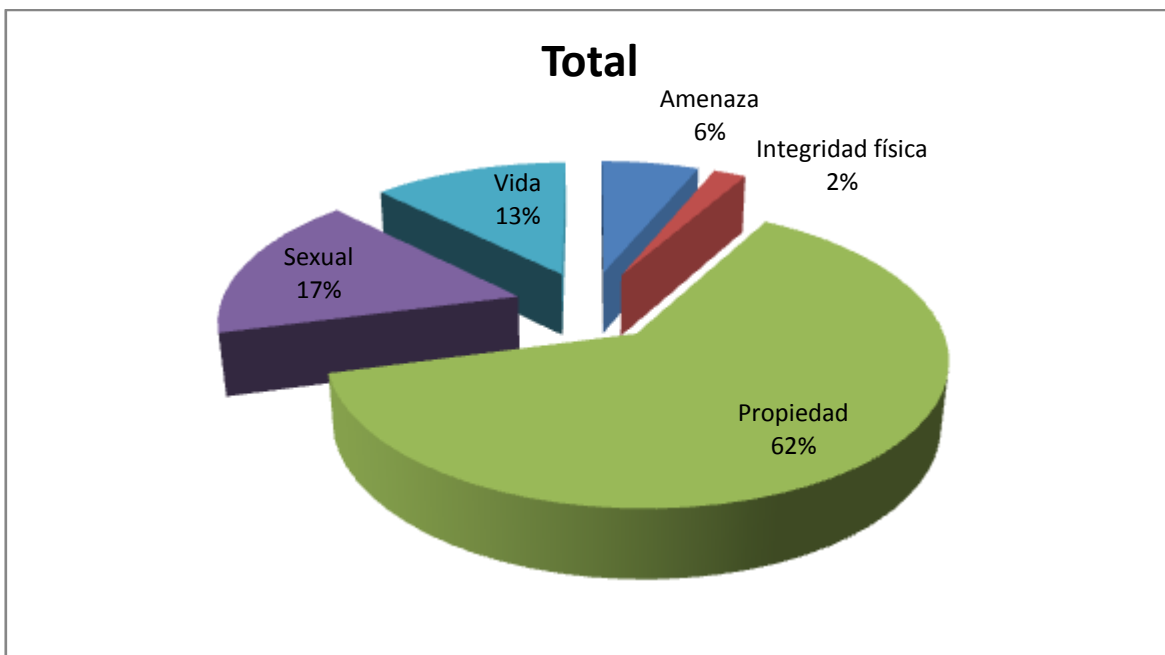
De ello podemos concluir en que el mayor número de causas que afectan a una población femenina son las de contenido sexual, que las mismas aparecen con una demora en apariencia mayor - en su tramitación-, respecto de los que afectan a la propiedad, circunstancia que fue difícil de cuantificar seriamente por la distorsión en la variable cualitativa que se genera en estos últimos, por formas alternativas en que se resuelven esos conflictos (suspensión de juicio a prueba, juicios abreviados) lo que impide determinarlo de forma incuestionable.

Pero y a pesar de ello se pudo determinar desde el universo analizado, que: los delitos de índole sexual son los segundos en cantidad del total de los denunciados, que además son los de mayor incidencia en víctimas de población femenina en Tucumán y que el tiempo de demora en estas causas es significativo

Sería oportuno entonces conocer cifras a nivel país que relevando la mayor cantidad de datos, permitan relevar estadísticas en toda la Argentina. Ello permitiría evaluar un real funcionamiento del poder Judicial y desarrollar políticas criminales apropiadas.

Considerando pertinente desde las herramientas que el derecho nos brinda y con una finalidad de “conducta transformadora” cambiar prácticas culturales desde capacitaciones a los operadores del poder judicial( jueces, fiscales, defensores y personal todo) para sensibilizar el abordaje de causas en que se ventilen delitos sexuales, implementándose además protocolos de tratamiento para este tipo de casos, generando conciencia sobre la celeridad que merecen (plazo razonable) y las obligaciones que les competen como agentes de un Estado que ha ratificado tratados de derechos humanos para la protección de los derechos de las Mujeres.





### **Bibliografía**

- “Espacios para la Construcción de Ciudadanía” Directora Judith Casali de Babot. Compiladora Mariela Ventura. Universidad Nacional de Tucumán Facultad de Filosofía y Letras. Consejo de Investigaciones. Mayo de 2012. Artículo: Ser Mujer en un Centro Clandestino de Detención. La deuda de la Justicia Argentina por una memoria completa. (María Alejandra Balcazar - Laura Julieta Casas)
- Amorós Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Madrid, Anthropos Editorial del Hombre, 1995.
- Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1999.
- Claus Roxin, “Las formas de Intervención en el delito. Estado de la Cuestion”. “Sobre el estado de la teoría del delito” (Seminario en la Univeridad de Pompeau Fabra) Civitas Madrid, 2000, pag. 157 178.
- Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Dirección David Baigun Eugenio Zaffaroni. Coordinación Marco Terragni. Autores Julio Cesar Castro....Javier de Luca.
- CONADEP, *Nunca más*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.
- Consideraciones sobre el Juzgamiento de los Abusos Sexuales Cometidos en el marco del Terrorismo de Estado. Procuración General de la Nación . Unidad Fiscal de Coordinación y seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado. Año 2011.
- Daniel Rafecas, “Autoría mediante aparatos organizados de Poder”.
- Eduardo Andrés Bertoni “Autoría Mediata por Aparatos Organizados de Poder Antecedentes y Aplicación Practica”

- Garcia Vitor Enrique “La tesis del Dominio del Hecho, en los aparatos organizados de poder ” en “Nuevas publicaciones en ciencias penales”, en Lerner Cordoba año 2001.
- Günter Jakobs. Derecho Penal Parte General “Fundamentos y Teoría de la Imputación” Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Segunda Edición corregida 1997.
- Jakobs Günter, “El ocaso del Dominio del hecho”, Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos – Universidad de Bonn. Traducción Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) Año 2000
- Roxin, Claus, “Acerca del fundamento penal de la participación”, *La Teoría del Delito en la discusión actual*, (Ed. Grijley, 2007).