

LA AUTORA DOGMÁTICA

Por: JULIÁN AXAT. 25/11/2024

Para Julián Axat, el Tribunal de Casación Federal realiza en sus 1500 páginas un forzamiento de las pruebas y un abuso dogmático de reproche en perjuicio de CFK, sin atender ni rebatir los argumentos de las defensas, lo que constituye un caso de arbitrariedad de sentencia para interponer un recurso extraordinario ante la Corte.

La publicación de la sentencia dictada en causa “Vialidad” por el Tribunal de Casación y que revisa la condena a CFK adolece de vicios retóricos, que surgen de una simple lectura de los fundamentos y que tienen que ver con la atribución de responsabilidad a un presidente de la nación en el ejercicio del poder. Tanto el Tribunal que juzgó en primera instancia como el que acaba de revisar la condena, han utilizado similares parámetros en la elaboración de razonamientos que escapan al profano, en tanto se trata de un lenguaje técnico sofisticado que impide al lector no especializado comprender su cabal sentido. Siendo que aun para los entendidos, los niveles de argumentación en inferencias, citas bibliográficas, analogías a precedentes, etc. tampoco se ajustan a la racionalidad esperada. Es decir, se trata de 1.500 páginas cuyo nudo del fallo deja cierto sabor a forzamiento lógico y un fuerte sustento en la presunción.

Pero antes de adentrarnos en el punto, quisiera hacer algunas consideraciones sobre antecedentes en la atribución. Pues poder encontrar pruebas para responsabilizar conductas delictivas de quien ejerció la máxima jefatura estatal, desde ya no se trata de algo fácil; es necesario lograr un mecanismo de atribución que sea irreprochable, es decir, que no se base en meras inferencias, y que pueda encontrar su base en una conducta positiva, que sea el apoyo fáctico de la condena.

¿Cómo probar delitos en la cúspide del poder?

Sabemos que quien ejerce el poder los Estado modernos requieren un sistema piramidal de mando y obediencia, y para ello establece el mecanismo de la “delegación administrativa”, que es la forma (Weberiana) por excelencia, que en toda burocracia estatal que se precie como tal, funciona. Eso significa que, en la

cadena de delegaciones administrativas, desde la cúspide hasta su base de ejecución, no siempre el presidente se entera de cada conducta de los eslabones intermedios de mando, aun cuando este presuma que sus mandatos se estén cumpliendo en debida forma y no sean desviados de la legalidad.

La presunción externa de que esos mandatos legales, de la cúspide a su base, se desvían, y que esos desvíos fueron pergeñados por la cúspide del poder, exige una prueba sólida. No basta ser presumidos sin más, a pura inferencia. A menos que estemos en un régimen totalitario donde la organización es extremadamente rígida, en tanto maquinaria aceiteada de poder donde los eslabones intermedios son fungibles (fácilmente sustituibles), por lo que es válido presumir que los desvíos al Derecho son también desvíos (o mandatos) de la cúspide de ese poder.

Distinto sería bajo un sistema democrático, donde la cadena burocrática administrativa es más relajada, por lo que las relaciones entre la cúspide y sus subordinados pueden -llegado el caso- suponer desvíos en los que la cúspide no se entere. En esta última situación no vale presumir, hay que probar fehaciente y positivamente que la máxima jerarquía estuvo implicada en el desvío al Derecho.

La contribución de los juristas alemanes

Los juristas alemanes han sido prolíficos en estos dilemas, puesto que el problema del Estado desde la organización Prusiana, hasta el Poder del Reich, han sido mecanismos de poder cuya burocracia ha tenido particularidades administrativas en cuanto a la orden y a la delegación hacia los subalternos y las formas de ejecución de dichas órdenes. Desentrañar las dinámicas de los dispositivos del poder para analizar las formas de atribución de responsabilidades y la posibilidad de su juzgamiento, ha sido una de las grandes contribuciones de la dogmática alemana al pensamiento del derecho penal universal.

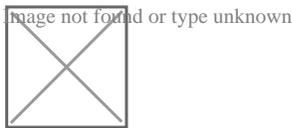
Así, la sofisticada formulación del jurista Claus Roxin elaborada en 1963 para atribuir responsabilidad a las cabezas de organizaciones de poder que llevan a cabo, a través de sus subordinados, crímenes contra el derecho de gentes **(1)**; utilizada aquí por el fiscal Julio Strassera para justificar la participación directa de los comandantes en jefe (Ejército, Aeronáutica y Marina).

En efecto, 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.

Difícil conseguir una prueba que exponga a Videla dando una orden de ejecución en un campo de concentración. Acaso ese dilema aquejó en su tiempo a Strassera, a pesar de que las pruebas eran abrumadoras e indirectamente podían demostrarse. Por eso resulta válido pensar en un sistema lógico de presunciones a partir de una teoría como las de Roxin, en un régimen totalitario donde la organización es extremadamente rígida, en tanto maquinaria aceiteada de poder donde los eslabones intermedios son fungibles, por lo que es válido presumir que los desvíos al Derecho son también desvíos (o mandatos) de la cúspide de ese poder.

La cuidadosa aplicación de la doctrina Roxiniana ha tenido en nuestro país un derrotero jurisprudencial que, a diferencia de otros países **(2)**, mantuvo un sensato itinerario, cuya aplicación se ciñe al juzgamiento de delitos de lesa humanidad **(3)**



Claus Roxin.

Abusar de la dogmática

Como ya dijimos, en un sistema democrático, donde la cadena burocrática administrativa resulta -en principio- menos estrictamente vertical y por tanto más relajada, las relaciones entre cúspide y subordinados puede suponer desvíos en los que la cúspide no tenga que enterarse. En este último caso no vale presumir conductas, en caso de juzgamiento de las mismas hay que probar fehaciente y positivamente que la máxima jerarquía estuvo implicada en los desvíos al Derecho **(4)**

¿Entonces, como probar que desde la cúspide del poder se da una orden de delinquir? Nuevamente aparece el tema alambicado de las presunciones. ¿Cómo presumir bien y razonadamente y no hacer abuso de la presunción porque no se tienen pruebas?

En nuestro país, en ciertos delitos contra la administración pública, la jurisprudencia penal sigue la teoría de otro alemán: el jurista Günther Jakobs **(5)**, autor que elabora una teoría de imputación y atribución de responsabilidad a los superiores

jerárquicos, fundada en la supuesta insuficiencia o lagunas que deja la teoría del dominio del hecho, para sancionar al llamado “intraeus” que utiliza a un “extraneus” para su provecho (Nota: intraeus: persona que interviene en un delito especial y reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito, por ejemplo: funcionario público o un contratista).

Los delitos como los de corrupción que pudieran ser dirigidos desde la cúspide del poder, deben demostrarse con elementos o indicios claros, no en base a meras presunciones normativas porque los subordinados se desvían de su curso de acción legal.

En la teoría de Günther Jakobs, ciertos delitos en perjuicio de la administración pública colocan a los funcionarios en posición de garantes del cauce administrativo legal. Traicionar ese lugar es ya de por sí, una omisión que genera reproches.

Se trataría delitos de infracción de deber, que se caracterizan por aportar las razones que sustentan la delimitación de los autores del delito, justamente en virtud de su especial obligación extrapenal. 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 dominio sobre el hecho que el autor tuvo, como sí el deber infringido. Se trata de delitos que hacen referencia a deberes extrapenales 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 jurista peruano 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 Perú **(6)**, 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 *intraneus*, 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 llamado *intraneus*, 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 expresidenta Cristina Fernández de Kirchner, realizó una valoración muy similar a la que refiere Guimaraes 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 expresidenta y el contratista, el Tribunal describe la posición de garante de la entonces presidenta en la cúspide del poder político, y con ella 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 siguientes **(7)**, 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...”

Tres 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. En efecto, CFK no tiene responsabilidad alguna en materia administrativa y, por lo tanto, en la puesta en marcha, ejecución, pago y control de obras públicas la responsabilidad es del jefe de Gabinete. Por otra parte, la realización de las obras, los presupuestos y los pagos fueron auditados por el propio Congreso de la Nación en lo que se llama Cuenta de Inversión, que es la aprobación de lo hecho en la ejecución de un presupuesto.

* No se evidencian más que conjeturas o serie indicios sobre las instrucciones para favorecer al extranei (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. La base de la condena es que, supuestamente, CFK puso en marcha las obras para que se enriqueciera Lázaro Báez y, por esa vía, se favoreciera también la propia familia Kirchner. El fiscal y los magistrados argumentaron que todo se hizo a partir de un decreto 54/2009, que habilitaba a Vialidad Nacional a construir rutas utilizando dinero de un fideicomiso constituido con un impuesto sobre el gasoil.

* 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 (favorecer con actos que enriquecen su patrimonio el del extranei a partir de la inferencia a otras causas que no forman parte de esta). En todo caso los actos de la expresidenta han sido los normales-cotidianos, no se advierten probados actos fuera de ese parámetro. El propio Jakobs señala que cuando “un comportamiento cotidiano es inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes” (p. 82).

Es lo que se llama la teoría de la prohibición de regreso. La prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían

haber evitado el curso lesivo –hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo–, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente.



Jueces Mariano Borinsky, Gustavo Hornos y Diego Barroetaveña.

El fallo de Casación

En el fallo publicado esta semana y que revisa el fallo del Tribunal, de la página 662 a la página 725 está el nudo de atribución dogmática en el que se basa toda la causa y que vuelve a apoyarse en argumentos de imputación objetiva. Creo que se trata del corazón del fallo y su lado más débil. Y con esto me refiero a que la atribución de responsabilidad penal en función de hechos criminales de escala compleja, no puede hacerse de modo meramente conjetural o dogmático.

Las defensas en su apelación se agraviaron en ese punto. Y el nuevo Tribunal

vuelve a caer en el mismo vicio. Es necesario que existan pruebas positivas, no meras inferencias conjeturales a partir de indicios y apoyatura en teorías dogmáticas de que CFK orquestó una cadena causal delictiva desde la cúspide del poder.

En efecto, la revisión o doble conforme exigía un análisis más profundo de los puntos esgrimidos por las defensas en sus recursos, especialmente en lo que hace a la valoración de las pruebas y la posición del CFK desde su lugar de poder.

Así, por ejemplo, un análisis más rigurosos sobre el punto a la ya mencionada prohibición de regreso esbozada por el autor alemán Jakobs, por cuanto las conductas analizadas por el Tribunal y que se atribuyen a CFK sobre su séquito de subordinados y laderos, pudieron girar tranquilamente en el franqueo de su confianza, pese a haberlos designado en su momento. La defensa técnica de la expresidenta ha sido medulosa al respecto, su conducta no ha expresado positivamente ningún indicio claro y exhibible de desvío legal.

¿Sabía CFK sobre la partitura de acciones de lo que se hacía hacia abajo de ella? Presuponer que sí por el mero hecho de la posición de garante que ostentaba debió conocer y evitar los desvíos, se trata de un abuso dogmático.

Es lo que hizo tanto el Tribunal Oral, como el Tribunal de Casación, para quienes a partir del dictado del decreto 54/2009 CFK dio rienda suelta a la habilitación para que sus subordinados puedan delinquir. Se trata un abuso dogmático pues tanto el Fiscal como el juzgador debieron probar -entonces- cómo a partir de ese decreto se brindaron mandatos concretos (no implícitos) de hacer (recordemos que no se dio por probada la asociación ilícita), sin desplegar conductas curiosas que demuestren obrar delictivo.

Por el contrario, la conducta objetiva de CFK se desprenden actos estereotipados y esperables (burocráticamente hablando) que no tienen (en sí) carácter delictivo, aun cuando terceras personas hayan podido utilizar estas conductas para realizar actividades delictivas, y además lo hayan pretendido hacer en su nombre. Y esto Jakobs lo aclara muy bien en su obra, para evitar malas interpretaciones de su teoría **(8)**.

Es importante aquí no hacer abuso de inferencias, y no caer en dogmatismos. “Delegar y confiar en esa delegación” resulta una acción básica del principio del poder que se ejerce en democracia, más cuando la organización burocrática actual

es compleja y laberíntica. De allí que conjeturar que CFK tuvo un accionar por fuera del estereotipo burocrático esperado o que debería haber evitado el curso lesivo y por ello quebrantó su rol, se trata de un exceso retórico y no de una prueba cierta. Recordemos que existen instancias de control administrativo (interno y externo) que se aplicaron y que, si pudieron advertir irregularidades, nunca interrumpieron el curso administrativo de los expedientes.

No hay pruebas contundentes. Solo inferencias basadas en libres convicciones del juzgador. Pero en las mismas hay claras contradicciones lógicas de valoración. Por ejemplo, nadie escucha, ve, se constata que CFK haya dado un mandato directo y verificable de desviar un curso administrativo en perjuicio de la administración, y/o en beneficio propio o de terceros. La inferencia en todo caso es: “debió prever” o “por su posición no pudo dejar de advertirlo”.

Como no hay prueba que demuestre que CFK se salió de sus actos estereotipados de cualquier presidente, de su libreto, el resto es mera inferencia conjetural de un desvío hipotético, de lo que debería haber previsto que ocurría muy lejos de su figura. Por aplicación del principio de la duda, debió ser absuelta (art. 18 de la CN)

Insisto, la prueba no está, no existe, solo hay inferencias de todos los juzgadores que pasaron, y presunción apoyada en la teoría de la posición de garante a partir de la dogmática de imputación objetiva construida en torno al tipo penal del artículo 173 7ª del CP

Todo ello es un claro argumento de arbitrariedad de sentencia para interponer un recurso extraordinario ante la Corte.

Notas:

1) 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.

2) Así la utilización de C. Roxin como argumento para condenar a Rafael Correa por delitos de corrupción. En 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>

3) Véase, Daniel Adler. Autoría y delitos contra la humanidad. Eudem, 2018.

4) Véase, Autoría mediata y atribución en delitos de gran corrupción:
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90820-autoria-mediata-y-atribucion-delitos-gran-corrupcion>

5) Jakobs, J. (1997). La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Ed, Ad-Hoc. Argentina.

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

7) 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

8) Véase: La teoría de prohibición de regreso. En:
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/01/doctrina47313.pdf>

[LEER EL ARTÍCULO ORIGINAL PULSANDO AQUÍ](#)

Fotografía: La tecla ene revista

Fecha de creación
2024/11/25