



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

**TRATAMIENTO PENAL DE CONDUCTAS TÍPICAS REALIZADAS POR PERSONAS
SECUESTRADAS EN CENTROS CLANDESTINOS DE DETENCIÓN**

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis de las diversas causas penales que tramitan en el país revela que en algunas de ellas se han dirigido imputaciones contra personas que habrían realizado ciertas acciones típicas durante su cautiverio en los centros clandestinos de detención y exterminio¹ utilizados por el Estado como parte del sistema represivo de la década de 1970².

Como particularidad, en algunas de estas causas se advierte que –al momento de formular las imputaciones penales– no se analizan las condiciones en las que habrían sido llevadas a cabo las conductas típicas imputadas, ni la relevancia jurídica de ese especial contexto de acción.

Este informe pretende señalar la necesidad de que al momento de analizar la relevancia penal de estas conductas se tengan en cuenta las normas jurídicas y las herramientas conceptuales que el derecho penal prevé específicamente para situaciones como las que se presentan en estos casos.

Como se ha dicho antes, un rasgo distintivo de los casos de esta clase consiste en que las personas involucradas en ellos habrían cometido acciones típicas mientras se encontraban detenidas en centros clandestinos de detención y exterminio, luego de haber sido secuestradas y torturadas por integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado.

Este contexto propio de los centros clandestinos de detención y exterminio utilizados por el terrorismo de Estado surge de innumerables testimonios que constan en los cientos de causas que tramitan en el país, y que dan cuenta del tratamiento sufrido por las personas secuestradas: de las torturas impuestas, de las amenazas constantes de sufrir nuevas torturas

¹ En adelante, también “CCD” (“centros clandestinos de detención”) o “LRD” (“lugar de reunión de detenidos”).

² Se tuvieron en cuenta especialmente los procesamientos dictados en la jurisdicción de Rosario respecto de Ricardo Miguel Chomicki y Nilda Virginia Folch (sobre quien pesa actualmente una declaración de rebeldía), en la causa N° 130/04, caratulada “Feced, Agustín y otros s/homicidio, violación y torturas”, del registro del Juzgado Federal de Primera Instancia de Rosario N° 4; el procesamiento de Leoni Susana Auad, en la causa N° 1120/05, del Juzgado Federal N° 1 de Tucumán, caratulada “Auad, Leoni Susana y Pérez Humberto s/encubrimiento y torturas”, y el caso de Carlos Raymundo Moore (de paradero desconocido) –testigo fundamental de los hechos ocurridos en el centro clandestino de detención que funcionó en el Departamento II de Informaciones de la Policía de la provincia de Córdoba, donde estuvo privado de la libertad desde 1974 hasta fines de 1980, y casi inmediatamente desde su liberación brindó en San Pablo, Brasil, una declaración exhaustiva acerca del funcionamiento, responsables y víctimas de ese centro clandestino–, imputado en causa N° 86/05, “Carlos Jacinto Moyano s/denuncia”, del registro del Juzgado Federal N° 3 de Córdoba.

y de perder la vida en cualquier momento. En la mayor parte de las causas judiciales no se plantea ni siquiera como hipótesis la imputación de víctimas del terrorismo de Estado por conductas cometidas durante su cautiverio, a pesar de que muchas de estas conductas podrían encuadrar en tipos penales. Es posible que esto se deba a la asunción por parte de los actores procesales de que esas conductas (de diversa índole) fueron cometidas en un contexto tal que no es posible formular un reproche penal.

Si bien esta es la regla que se observa en casi la totalidad de las causas del país, pueden encontrarse imputaciones penales en el marco de algunos procesos actualmente en trámite. Es claro que el análisis jurídico de cada uno de estos casos requiere un estudio de la situación particular, dado que la respuesta jurídica dependerá –entre otros elementos– de circunstancias relativas al contexto de acción, de la clase de conductas llevadas a cabo por las personas detenidas, de la ponderación de los riesgos que pesaban sobre éstas, etc.

Este documento no tiene por finalidad efectuar ese análisis particular en casos individuales, sino poner de resalto la necesidad de que al momento de considerar jurídicamente las conductas cometidas en el contexto de una situación de cautiverio en un centro clandestino se evalúe si median circunstancias eximentes de responsabilidad penal (causas de justificación o de exculpación). Cualquiera sea la respuesta a la que en definitiva corresponda arribar en cada caso, es claro que no puede prescindirse del análisis de la posible aplicación de normas especialmente dirigidas a regular casos de conductas típicas realizadas en contextos de amenaza o peligro para bienes jurídicos del que actúa.

Estas situaciones están contempladas por el derecho penal bajo el concepto de “*estado de coacción*”. Precisamente, las observaciones que siguen procuran brindar ciertos parámetros generales que pueden resultar útiles para evaluar en concreto si las conductas típicas llevadas a cabo por víctimas del terrorismo de Estado fueron ejecutadas bajo coacción (*sub 2*) y, si este es el caso, qué consecuencias jurídicas cabe extraer de ello (*sub 3*).

El análisis se centrará en aspectos que interesan a los niveles del ilícito y de la culpabilidad. La discusión de cuestiones atinentes a ambos niveles de la responsabilidad penal se explica por el hecho de que la coacción puede dar lugar tanto a un estado de necesidad *justificante*, como a un estado de necesidad *exculpante*. La afirmación de uno u otro tipo de estado de necesidad depende, como se explicará más adelante, de la presencia de otros presupuestos (además del estado de coacción) requeridos por cada una de esas causas de exención de responsabilidad.



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

Este informe no se referirá a la subsunción típica de los hechos. Las consideraciones que siguen sólo serán pertinentes en caso de que el juicio de tipicidad arroje un resultado afirmativo. Aquí se parte de la hipótesis de la suficiencia probatoria de la imputación y de la corrección de su encuadre típico.

Dado su carácter general, no se analizarán actos concretos, sino que se hará referencia a ciertos tipos de conductas realizadas por personas secuestradas que suelen encontrarse en las descripciones existentes sobre la vida en los centros clandestinos de detención y exterminio, y que comprenden, entre otras: el suministro de información a las fuerzas represivas, que puede haber permitido la detención, la tortura y hasta el asesinato de otras personas; la intervención en procedimientos de identificación y de secuestro de personas fuera de los centros clandestinos; la intervención en interrogatorios de otros detenidos y en la imposición de tormentos.

**2. ACERCA DE LA SITUACIÓN DE LOS DETENIDOS EN LOS CENTROS CLANDESTINOS DE
DETENCIÓN**

Desde un análisis primario, los casos que nos ocupan se diferencian del resto de los crímenes investigados en las causas vinculadas al terrorismo de Estado por el hecho de que la imputación de conductas típicas pesa sobre personas que fueron inicialmente secuestradas por fuerzas de seguridad y trasladadas a diferentes centros clandestinos de detención.

Esta circunstancia define el escenario de análisis de las imputaciones realizadas a los detenidos en tanto introduce como hipótesis altamente probable que las acciones típicas atribuidas fueran realizadas *para* evitar un peligro inminente sobre bienes jurídicos propios: concretamente, el peligro para la integridad física y moral, y la vida misma, que suponía, de por sí, haber sido introducido por la fuerza en un CCD.

Efectivamente, la existencia de este peligro surge con claridad no bien se repara en las particulares condiciones de detención que padecían los detenidos en esos lugares de terror. Como se explicará más adelante, estas condiciones de detención seguían un patrón más o menos común para todos los detenidos en los distintos CCD.

Este nivel de generalización también puede aplicarse al análisis de la situación de aquéllos detenidos desaparecidos que, en determinado momento de su cautiverio, pasaron a diferenciarse del resto por haber obtenido un trato privilegiado, de clara mejoría de sus condiciones de detención, y pasar a afirmar que el mantenimiento de este trato preferencial (que podía suponer la expectativa de no ser sometido a torturas o de ser eliminado

físicamente) implicaba –en cierto modo como contrapartida– alguna clase de colaboración con sus captores.

Los diferentes testimonios, documentos, expedientes judiciales, informes y relatos de toda índole que describen las condiciones de detención en los CCD presentan ejemplos de las múltiples modalidades en que se pudo expresar esa “contraprestación” condicionada, obligada. En particular puede mencionarse una serie de actividades, con distinto nivel de compromiso, hasta llegar a aquéllas más graves por implicar la lesión de bienes jurídicos ajenos. Así, *v. gr.*, desde actuar como “mandadero” del personal militar –que suponía la prestación de servicios de asistencia a ese personal (como, por ejemplo, cebarles mate) y el cumplimiento de tareas para el funcionamiento del centro de detención (trasladar a los demás detenidos de una parte a otra del CCD, curarles las heridas luego de las sesiones de tortura), confeccionar documentación falsa para los miembros de las fuerzas represivas– hasta delatar a compañeros de militancia, otorgar información útil para nuevas detenciones, salir a “lanchar” –así llamaban los grupos de tareas a la identificación y señalamiento directo en la vía pública de la persona cuya detención se buscaba–, participar en sesiones de tortura y en operativos de secuestro de personas, etc.

Hechos como los mencionados deben ser entendidos como parte de la dinámica de detención y tortura de los campos clandestinos de detención.

Cuando se habla del centro clandestino de detención como categoría concentracional suele ser inevitable comenzar por destacar las pésimas condiciones de vida de las personas allí retenidas, así como la casi ineludible etapa inicial de los tormentos con el fin de extraer información. Sucede que conocemos lo que sucedía en estos lugares gracias a los testimonios de los sobrevivientes, y para un sobreviviente esos dos hitos –tortura y cautiverio– son los que definen su situación.

En esta reconstrucción de la realidad de los centros clandestinos no pueden dejar de incorporarse los designios de las personas que habían fundado y trabajaban en los centros clandestinos de detención (*v. gr.*, los represores). Debe tenerse en cuenta que estos eran los creadores de estos lugares, y quienes tomaban allí las decisiones cruciales. Analizados desde el punto de vista de quienes cumplían su cometido en ellos, los CCD eran sitios a los cuales podían ser conducidas personas privadas de la libertad sin orden formal, sitios donde esas personas podían ser apremiadas para conseguir información, que luego serviría para realizar nuevas detenciones y para “juzgar” la conducta del detenido. Habida cuenta de la cantidad de personas que pasaron por circuitos similares y continúan desaparecidas, no parece aventurado ni original suponer que en la mayoría de los casos ese “juicio” implicó la



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

muerte. Quizás ahora estemos en mejores condiciones de entender las opciones de supervivencia que se presentaban en el muy acotado abanico de posibilidades de una persona detenida en tales lugares. Intuyendo que su situación –eufemismo para su vida– dependía de la posibilidad de que dicho “juicio” le fuera favorable, una de las formas de actuar para acrecentar esa posibilidad era metamorfosearse a imagen y semejanza de su *captor-juez*. El mecanismo se hace todavía más complejo, ya que éste suele advertir esta dinámica y la usa en su favor, permitiendo y alentando esa colaboración, que le simplifica su trabajo.

Este esquema no agota las escabrosas posibilidades de una relación signada por la desigualdad más absoluta entre el poder y el no poder. Pero sí permite establecer una especie de plano en el cual ubicar, contextualizar, las conductas de los “colaboradores” y, lo que es igualmente importante, establecer cuándo sus conductas están sobredeterminadas por esta dinámica y cuándo no.

El informe *Nunca Más* de la CONADEP da cuenta de que la dinámica de forzar al detenido a colaborar con el régimen se repetía en los diversos centros de detención existentes en el país entre 1976 y 1983.³

En igual sentido se pronuncia el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) en un *amicus curiae* presentado en uno de los procesos actualmente en curso en la jurisdicción de Tucumán, firmado por el premio Nóbel de la paz Pérez Esquivel⁴; también otros análisis (incluso peritajes psicológicos sobre casos similares) dan cuenta del fenómeno.⁵

³ *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)*. Editorial de la Universidad de Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 1984 (se cita la cuarta reimpresión de la segunda edición de 1996), Cap I, punto D, “colaboración de prisioneros”, pp. 75 y ss.

El informe explica que “en la mayoría de los grandes centros de detención las autoridades lograron obtener, mediante la tortura, distintas formas de colaboración de parte de algunos detenidos. Crearon con ellos grupos que, a modo de cuerpos auxiliares, cumplieron actividades de mantenimiento y administración de los C.C.D.; o bien, en mucho menor grado, participaron en tareas más directamente comprometidas con la represión. Así muchos de estos últimos salían a «lanchear» que –en la jerga represiva– significaba recorrer la ciudad con sus captores para identificar en la vía pública a otros miembros de su grupo político, habiéndose denunciado casos de integrantes de dichos grupos que llegaron a intervenir directamente en la aplicación de tormentos a otros detenidos” (p. 75).

⁴ *Amicus Curiae* presentado el 15 de agosto de 2006, por Adolfo Pérez Esquivel, en la causa “*Auad, Leoni Susana y Pérez Humberto s/encubrimiento y torturas*” (expediente. 48.740 de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán). Allí se indica: “[...] los sobrevivientes con más tiempo de desaparecidos realizaban tareas asignadas por los represores. Estas asignaciones de tareas eran presentadas como ‘privilegios’ respecto de quienes no tenían ninguna; pero esa ‘concesión’ se hacía con el propósito de quebrar la voluntad y resistencia de los detenidos desaparecidos, de disolver cualquier lazo de solidaridad entre ellos, de eliminar todo vestigio de humanidad, de identidad, de subjetividad, que pudieran mantener una vez ‘chupados’ por el sistema represivo”.

⁵ Cfr., entre otros, el *amicus curiae* presentado por el Lic. Tjierry Iplieján de la UBA (M.N:25.517) ante la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, en la causa “*Auad, Leoni Susana y Pérez Humberto s/encubrimiento y torturas*” (expediente 48.740 de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán); Pilar Calveiro, *Poder y Desaparición. Los Campos de Concentración en la Argentina*. Editorial Colihue, Buenos Aires, 2004.

En efecto, en los centros de detención argentinos –así como también en otras experiencias de campos de concentración–, la utilización de personas detenidas para cumplir tareas propias del campo y, entre ellas, también tareas que implicaban violencia contra otros detenidos, ha sido una práctica constante. El tipo de actividad que cumplía cada detenido dependía de sus habilidades o conocimientos, de las necesidades específicas del campo o del mero azar. Esta “colaboración” se obtenía por medio de la amenaza constante de muerte y de las torturas que “quebraban” la voluntad del detenido. Al “colaborador” se le concedían ciertos “privilegios” que ayudaban a vencer la resistencia: mayores comodidades de alojamiento, permisos de salidas para visitar a familiares, comunicación telefónica con familiares y *especialmente el cese de las torturas, y la esperanza –que sin embargo en numerosas ocasiones no se concretó en los hechos–, de recuperar la libertad y sobrevivir.* Estos privilegios significaban, al menos temporalmente, no estar sujeto al régimen “normal” de crueles vejámenes y torturas psíquicas y físicas del centro clandestino de detención.

El informe de la CONADEP, los estudios citados y numerosas causas judiciales muestran claramente que en los CCD la tortura tenía por finalidad, principalmente, la obtención de información, utilizada para combatir a los opositores políticos; pero también era utilizada para la creación de una *atmósfera de terror* entre los detenidos, que buscaba eliminar de plano cualquier tipo de resistencia.

A este respecto, en la sentencia histórica pronunciada por la Cámara Federal de Capital Federal en la causa 13 (“Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”)⁶, –que culminó con la condena de cinco ex-comandantes de las juntas militares, por su responsabilidad en los hechos registrados en la casi totalidad de los centros clandestinos de detención descubiertos hasta ese momento en todo el país– se describen ciertas modalidades de detención y tortura; no como sucesos aislados, sino como elementos de un sistema que se repitió en todos los centros clandestinos.

En ese pronunciamiento se tuvo por probado que: “[...] el tormento fue, en la enorme mayoría de los casos, la forma indiscriminadamente aplicada para interrogar a los secuestrados [...] En los centros de cautiverio los secuestrados fueron interrogados en la casi totalidad de los casos bajo tormentos, a través de métodos de tortura similares [...] el pasaje de corriente eléctrica, los golpes y la asfixia, se repiten en casi la totalidad de los casos investigados, cualquiera sea la fuerza de la que dependía el centro o su ubicación geográfica.” Específicamente, respecto a las condiciones de detención, se sostuvo que “[...]”

⁶ Fallos: 309.



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

durante el secuestro, se imponía a los cautivos condiciones inhumanas de vida, que comprendían para muchos el déficit casi total de alimentación, el alojamiento en lugares insalubres, en los que no podían sustraerse de percibir los lamentos o ruidos que se producían al torturarse a otros cautivos y el permanente anuncio, a través de hechos y de palabras, de que se encontraban absolutamente desprotegidos y exclusivamente a merced de sus secuestradores [...] De los relatos de todos los testigos que fueron víctimas de secuestros, se desprende el total estado de indefensión en que se hallaban pues, principalmente de hecho aunque también de palabra, se les hacía conocer que se encontraban absolutamente desprotegidos y sometidos a la exclusiva voluntad de los secuestradores. Ya desde el momento mismo de la aprehensión quedaba claro que nadie iba a acudir en su ayuda. Pero a ello se agregaba el encapuchamiento inmediato; el traslado en el baúl o en el piso de un auto, o en un camión, maniatados; la llegada a un lugar desconocido donde casi siempre recibían de inmediato los golpes o tortura; el alojamiento en ‘cuchas’, boxes, ‘tubos’, sobre un jergón o directamente en el suelo; el descubrimiento de que había otras personas en igual situación que llevaban largo tiempo así; la incógnita sobre cuál sería el desenlace y cuánto duraría; las amenazas de toda índole; la escasa y mala comida; la precariedad cuando no la ausencia de medios para satisfacer las necesidades fisiológicas; la falta de higiene y de atención médica; los quejidos; el desprecio y maltrato de los guardias; y todas las demás vivencias que fueron relatadas con detalle en el curso de la audiencia [...] También a ello se sumaba, a veces, la angustia de quien había sido secuestrado con algún familiar y que sufría ambos padecimientos simultáneamente [...] Todo ello debía seguramente crear en la víctima una sensación de pánico cuya magnitud no es fácil comprender ni imaginar, pero que, en sí, constituye también un horroroso tormento”⁷.

Acerca del efecto devastador de la supervivencia en los centros sobre la personalidad de los cautivos⁸, el informe de la CONADEP –en el que se apoyó la Cámara Federal en la

⁷ Sentencia citada, Capítulo XIII, destacado agregado.

⁸ Al respecto es profundo y minucioso el análisis de Pilar Calveiro: “Los campos de concentración, como organizaciones totales en el sentido más perfecto del término, funcionaban precisamente gracias a esta atmósfera coercitiva; ella lograba una sujeción total de los detenidos a los deseos de los captores y específicamente lograba que muchos detenidos cumplieran sumisamente y sin resistencia alguna las órdenes que les eran impartidas, incluso las órdenes que los obligaban a realizar las conductas más aberrantes. La misma dinámica del centro de detención neutralizaba y eliminaba la ‘energía para oponerse y resistir, produciendo en el detenido una ‘actitud de entrega’” (Pilar Calveiro, *Poder y Desaparición. Los Campos de Concentración en la Argentina*. Editorial Colihue. Buenos Aires, 2004, p. 50 y ss.).

Desde un punto de vista psicológico, Iplícjían ha señalado en relación con hechos similares que en los centros de detención la actitud del mártir no es la norma; “la norma es que el espíritu humano se quiebra. Y ese quiebre da lugar a comportamientos [...] aberrantes. Por ejemplo, el de colaborar con el verdugo [...]”. Agrega

sentencia que se viene de citar— enfatiza: “Las características edilicias de estos centros, la vida cotidiana en su interior, revelan que fueron concebidos, antes que para la lisa y llana supresión física de las víctimas, para someterlas a un minucioso y planificado despojo de los atributos propios de cualquier ser humano”.⁹ Luego señala que uno de los grandes objetivos del sistema de los centros clandestinos de detención es la destrucción de la personalidad y la des-estructuración de la identidad del detenido¹⁰. El pasar de “víctima” a “colaborador”, a “victimario de sus antiguos camaradas”, es un signo evidente de este proceso destructivo de la personalidad, producido por la *insoportable angustia psíquica* causada por el terror de la institución total del centro clandestino de detención.

La dinámica de los centros de detención, cuyo efecto puede sintetizarse con el lema *omnipresencia del terror*, configuraba un sistema que permitía conducir a los detenidos a efectuar comportamientos típicos en contra de otros también en situación de cautiverio, sin necesidad de que las órdenes ni las amenazas que los generaban y apoyaban se explicitasen o actualizasen a cada momento. El terror constante hacía funcionar un sistema perverso en el cual muchos detenidos pasaban a ser victimarios, a la manera de engranajes de una maquinaria de aniquilación en la que se los obligaba a insertarse y de la que debían participar prestando colaboración para proteger su propia existencia. He aquí un punto neurálgico de los casos analizados: la *realización de una conducta bajo una presión psíquica insoportable, guiada por el instinto de supervivencia*. La alternativa de no colaborar o de dejar de colaborar implicaba asumir el riesgo cierto de costos altísimos, que se pagaban con nuevas torturas e inclusive con la vida misma. Cumplir con las órdenes, colaborar con los captores, era, así, un modo de auto-conservación.

Lo recién enunciado permite visualizar claramente cuál era el peligro que amenazaba a los detenidos en los centros clandestinos de detención: torturas aberrantes y muerte. De allí es fácil inferir el estado de coacción en el que razonablemente se encontraba un “detenido-colaborador” en el momento de actuar; la libertad de acción como atributo individual aparece desplazada por el contexto descripto.

La descripción del fenómeno aquí realizada permite destacar la relevancia del contexto en el que se deben situar, leer y comprender las acciones típicas imputadas a los detenidos desaparecidos y, desde este punto arquimedian, se hace obligatoria la

que: “El grado más perverso y más elevado de esta estrategia radica en volver a la víctima en contra de sus compañeros de infortunio” (Cfr. *amicus curiae* presentado por el Lic. Tjierry Iplicjián, anteriormente citado).

⁹ *Nunca Más. Informe de la CONADEP* cit., Cap. I, punto D, “Consideraciones generales”, p. 55.

¹⁰ *Nunca Más. Informe de la CONADEP* cit., Cap I, punto D, “Consideraciones generales” y “Colaboración de prisioneros”, pp. 55 y 75 respectivamente.



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

incorporación al análisis jurídico del estudio de cuestiones atinentes a la antijuridicidad y a la culpabilidad, específicamente la determinación de la presencia de un estado de necesidad justificante o disculpante (por coacción), cuyo efecto común es la exención de pena.

Finalmente, corresponde aclarar que el examen sobre la existencia del peligro en los casos de coacción –se considere a ésta como generadora de un estado de necesidad exculpante o justificante, según estén también presentes otros requisitos (sobre esto se volverá en *sub 3*)– es, como comparte la doctrina sin excepción, un examen *objetivo ex ante*¹¹; en otros términos, el examen que habría hecho un hombre sensato puesto en el lugar del autor y, por lo tanto, un examen que sitúa a ese hombre sensato en las mismas condiciones en las que se le planteó al sujeto la opción entre cumplir o desobedecer la norma.

Por ello, desde el punto de vista de la teoría penal –que es el único que interesa en este lugar– resultan irrelevantes los juicios subjetivos basados en las capacidades individuales de un sujeto concreto y también las valoraciones *ex post*. Que algunos detenidos hayan podido resistir los tormentos sin “quebrarse” o sin “colaborar”, así como que finalmente no hayan sido asesinados, no cambia en nada el hecho de que, desde un punto de vista objetivo *ex ante*, no cabe ninguna duda de que existían los peligros aludidos. Es indudable que cualquier persona sensata en esas condiciones habría advertido que negarse a prestar la colaboración requerida podría conducirla con altísima probabilidad a la reanudación de las torturas y posiblemente a la muerte.

Todo lo dicho hasta aquí permite explicar por qué las conductas típicas llevadas a cabo por detenidos-colaboradores en centros clandestinos de detención tuvieron lugar en un contexto de peligro permanente para la vida y la integridad física, situación que el derecho penal analiza bajo el concepto de “estado de coacción”.

3. SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ACTUAR BAJO COACCIÓN

En el presente apartado corresponderá establecer qué consecuencias jurídicas deben extraerse del hecho de que una persona haya ejecutado las conductas imputadas en estado de

¹¹ Sobre el criterio *ex ante* objetivo y sus diversas formulaciones, véase Claus Roxin, *Derecho penal, Parte General*, tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Civitas, Madrid 1997 (traducción de la segunda edición alemana, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), § 16/12 y ss.; Günther Jakobs, *Derecho penal, Parte General*, “Fundamentos y teoría de la imputación”. Marcial Pons, Madrid, 1997 (traducción de la segunda edición alemana, por Javier Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), § 13/13; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal, Parte General*. Comares, Granada, 2002 (traducción de la quinta edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete), § 33, IV, 3 a; Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 345.

coacción. En concreto, se analizará si, y bajo qué condiciones, las diferentes conductas cometidas por personas detenidas en los CCD pueden encuadrarse en un estado de necesidad exculpante, o incluso en uno justificante. En primer lugar, es necesario ofrecer algunas consideraciones preliminares sobre la regulación de la *coacción* en el derecho argentino a fin de disipar algunos usuales equívocos.

3.1 La coacción en el derecho penal argentino y su relación con los arts. 34 inc. 2 segunda parte y 34 inc. 3 CP

Sobre la naturaleza jurídica, ubicación sistemática en la teoría del delito y razones de la exención de pena de las conductas típicas realizadas bajo coacción se ha discutido ampliamente en la doctrina argentina. Un punto esencial del debate –de especial interés en lo que aquí respecta– es el de si la coacción configura exclusivamente una causa de exclusión de la culpabilidad (art. 34 inc. 2 segunda parte CP) o si, presentes ciertas circunstancias, puede dar lugar a un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 CP).

La doctrina argentina tradicional sostenía que la coacción *siempre* era un problema del nivel de la culpabilidad. Quien, bajo coacción, lesionara un bien jurídico de otro nunca obraría justificadamente en los términos del art. 34 inc. 3 CP, sino sólo exculpadamente en virtud del art. 34 inc. 2, segunda parte, CP (por supuesto, si además concurren los otros presupuestos de la disposición: que el mal amenazado fuera grave e inminente, etc.).

Los partidarios de este punto de vista explícitamente rechazaban un estado de necesidad justificante en casos de coacción, aun cuando el autor lesionara un bien para salvar otro mayor. El ejemplo proporcionado era el siguiente: quien roba un trozo de pan a causa del hambre extremo, actuaría justificadamente; quien, en cambio, lo hace porque un tercero lo obliga a ello a punta de pistola, actuaría solo exculpadamente. Aunque en ambos casos la diferencia entre el interés salvado (no morir de hambre o no morir de un tiro) y el sacrificado (la propiedad del dueño del trozo de pan) es la misma y el mayor valor del bien salvado es a todas luces evidente, el estado de necesidad justificante era negado en el caso de que el peligro hubiera sido generado por la conducta coactiva de un tercero¹².

El representante principal de este punto de vista, Sebastián Soler, distingue la acción “*coacta*” (en la que la situación de necesidad proviene del hombre) de la acción “*necesaria*”

¹² Sobre esta posición, véase básicamente Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, quinta edición. TEA, Buenos Aires, 1987 (citado según reimpresión de 1992), tomo I, p. 463 y ss., y tomo II, p. 118 y ss. También, Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, tomo II, § 33 I, 3 y II, 2 y 3.



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

(en la cual la situación de necesidad es creada por causas de la naturaleza). En su opinión, la primera está regulada *exclusivamente* en el art. 34 inc. 2 segunda parte CP y la segunda *exclusivamente* en el art. 34 inc. 3 CP. De este modo, para Soler, el art. 34 inc. 2 segunda parte CP sólo regula casos de peligros generados por el hombre (coacción) y nunca casos de peligros generados por la naturaleza¹³; contrariamente, el art. 34 inc. 3 CP sólo regula casos de peligros generados por la naturaleza y nunca casos de peligros generados por el hombre (coacción). El art. 34 inc. 2 segunda parte CP es concebido como una causa subjetiva que excluye la culpabilidad en virtud de la reducción de libertad del coaccionado; el art. 34 inc. 3 CP, en cambio, es visto como una causa objetiva que excluye la antijuridicidad objetiva del hecho, debido a la importancia del bien salvado en comparación con el sacrificado. Sostiene Soler: “en la coacción [...] el acto conserva objetivamente su carácter ilícito; y ese acto constituye la fuente de responsabilidades civiles y penales para el autor de la coacción”¹⁴.

En la actualidad, la doctrina prácticamente no sigue esta concepción tradicional. Por otro lado, tampoco es una concepción convincente: contiene un doble equívoco. Por un lado, el término “amenaza” del 34 inc. 2 segunda parte CP no obliga necesariamente a excluir de esa disposición a los peligros producidos por factores naturales¹⁵. Por el otro, siempre que se cause un mal para evitar otro mayor opera ya el estado de necesidad justificante del art. 34 inc. 3 CP, independientemente de la fuente –natural o humana– de donde provenga el peligro¹⁶. Que, *además*, el autor haya actuado, o no, coaccionado por un tercero es irrelevante a estos fines, pues sólo con la evitación de un mal mayor están cumplidos (en lo que aquí respecta¹⁷) los requisitos de la causa de justificación y el

¹³ Sólo en este punto difiere Fontán Balestra de Soler: en cuanto él acepta que el peligro enunciado en el art. 34 inc. 2 segunda parte CP también pueda provenir de causas naturales (conforme Fontán Balestra, *Tratado cit.*, tomo II, § 33 I, 3).

¹⁴ Sobre este punto, véase Soler, *Derecho Penal Argentino*, cit., tomo I, p. 462 y ss. (la cita se encuentra en p. 464) y tomo II, p. 117 y ss.

¹⁵ Sobre esto, Ricardo Núñez, *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, tomo II, pp. 122 y ss.; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal, Parte General*, tomo IV, pp. 236 y ss.; Eugenio Raúl Zaffaroni / Alejandro Alagia / Alejandro Slokar, *Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 713 y ss.; Ricardo Pessoa, en *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo I, dirigido por Raúl Zaffaroni y David Baigún. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 612 y ss.; Righi, *Derecho Penal*, cit., pp. 283 y ss.

También lo acepta Fontán Balestra, quien en el resto de los aspectos sigue, como se ha señalado, la posición de Soler (cfr. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal cit.*, tomo II, § 33 I, 3).

Por su parte, Enrique Bacigalupo llega a la misma conclusión a través de una “*extensión supralegal*” o por vía de una “*extensión analógica «in bonam partem»*” (Bacigalupo, *Manual de derecho penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 258).

¹⁶ Cfr. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal cit.*, tomo III, p. 626 y ss., y tomo IV, p. 238. En idéntico sentido, Zaffaroni / Alagia / Slokar, *Derecho penal cit.*, pp. 604 y 714; Bacigalupo, *Manual*, cit., p. 232; Pessoa, en *Código Penal*, tomo I, cit., p. 613; Righi, *Derecho Penal*, cit. p. 284.

¹⁷ Sobre otros requisitos del estado de necesidad justificante, véase más abajo.

problema de la reducción de libertad no se llega siquiera a plantear en el nivel de análisis de la antijuridicidad, aun cuando –como en los casos aquí analizado– tal reducción de hecho exista.

En efecto, del texto del 34 inc. 3 CP (“el que causare un mal por evitar otro mayor del que ha sido extraño”) no surge ningún elemento que restrinja la causa de justificación a males provenientes de la naturaleza. Cualquier restricción del ámbito de operatividad de la causa de justificación –por ejemplo, a través de la exclusión de los peligros causados por el hombre– importaría una *reducción del campo de aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad sin base legal*.

De este modo, ni el art. 34 inc. 3 CP excluye *necesariamente* un caso de coacción, ni el art. 34 inc. 2 segunda parte CP prevé *exclusivamente* un caso de coacción. La coacción, entonces, puede constituir un estado de necesidad justificante (cuando el mal que se evita sea *mayor* que el que se causa), o bien un estado de necesidad exculpante (cuando el mal que se evita sea *grave*)¹⁸. Siempre, claro está, que en ambos casos concurren los demás presupuestos de estas causas de exención de pena¹⁹.

Los arts. 34 inc. 3 y 34 inc. 2 segunda parte CP regulan, respectivamente, estos dos supuestos diversos de estado de necesidad. En el primer caso se trata de un estado de necesidad que elimina la antijuridicidad (estado de necesidad justificante); en el segundo, de uno que excluye la culpabilidad (estado de necesidad exculpante).

Una discusión similar existe en la doctrina y jurisprudencia alemanas en torno al denominado “estado de necesidad coactivo o por coacción” (*Nötigungsnotstand*). En lo siguiente se efectuará una breve mención de esa discusión, dado que los argumentos de quienes aceptan que la coacción pueda dar lugar a un estado de necesidad justificante o bien a uno exculpante –según concurren, además, otros requisitos– refuerzan las conclusiones aquí adoptadas.

Un sector de la doctrina niega que la situación de necesidad causada por un acto coactivo humano pueda constituir un estado de necesidad *justificante* con el argumento de que quien, aunque coaccionado, se sitúa del lado del injusto, obra sin la aprobación del ordenamiento jurídico. Para quienes sostienen este punto de vista, los casos de coacción –independientemente de que el autor salve un bien mayor que el sacrificado– no encontrarían

¹⁸ En este caso, no se exige que el mal evitado sea mayor que el causado.

¹⁹ Sobre los demás requisitos del estado de necesidad justificante y exculpante, véase más abajo.



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

una respuesta en el ámbito de la antijuridicidad, sino en el de la culpabilidad. El estado de necesidad por coacción sería *siempre* un caso de estado de necesidad *exculpante*.²⁰

Mejores razones asisten, sin embargo, a la opinión contraria. La idea rectora de esta postura es que, independientemente de la fuente del peligro (sean acciones humanas o causas naturales), *siempre que se salve un bien superior que el sacrificado está presente el motivo decisivo para una justificación*. Así, se dice que “ni el rango del bien jurídico amenazado ni la justificación de la idea de salvarlo sacrificando un bien de menor valor dependen de la fuente de la amenaza”²¹. O bien que “no se justifica la exclusión del estado de necesidad [justificante], pues al instrumento [coaccionado] no le es imputable el hecho del autor mediato [coaccionante] y tiene derecho a solidaridad como cualquiera que no tiene que responder por peligros propios”²². La configuración de un estado de necesidad como justificante (§ 34 CP alemán) o exculpante (§ 35 CP alemán) no depende entonces para este punto de vista del origen del peligro. La cuestión de si quien actúa en estado de necesidad está justificado o tan sólo exculpado es una de ponderación entre bienes salvados y bienes lesionados.

Como ya se ha mencionado, estas razones son absolutamente trasladables al derecho argentino y apoyan las expresadas más arriba en el sentido de que la coacción puede configurar un caso de justificación o uno de exculpación, dependiendo esta respuesta de si están presentes, o no, los restantes presupuestos de estas causas de exención de pena; ante la presencia de un estado de coacción el deslinde entre dichas causas de exención de pena pasará por la circunstancia de si el bien salvado es o no mayor que el lesionado.

La posición contraria a la aquí sostenida deja sin explicar por qué no debe operar una causa de justificación cuando están presentes todos sus presupuestos. El hecho de que, además de los presupuestos que permiten un estado de necesidad justificante, se agreguen otros que permitirían fundamentar *también* una exculpación no puede impedir que el problema se solucione ya en el nivel del ilícito. Pues la pregunta por la antijuridicidad de una conducta es previa a la pregunta por la culpabilidad del autor por esa conducta, y cuando están dadas las condiciones para excluir la antijuridicidad, la pregunta por la culpabilidad carece de sentido.

²⁰ Así, por ejemplo, Jescheck / Weigend, *Tratado de derecho penal* cit., § 44, II, 3; Theodor Lenckner, en Schönke-Schröder, StGB, 23. Auflage, München, 1998, § 34, 41 b; Johannes Wessels / Werner Beulke, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 31. Auflage, CF Müller Verlag, Heidelberg, 2001 nm. 443.

²¹ Günther Stratenwerth, *Derecho penal, Parte General I: El Hecho Punible*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005 (traducción de la cuarta edición alemana por Manuel Canció Meliá y Marcelo Sancinetti), § 9/98.

²² Jakobs, *Derecho Penal* cit., § 13/14.

De lo dicho es posible concluir que la existencia de un estado de coacción es un elemento *necesario* para que concurra un estado de necesidad exculpante, pero ese estado de coacción no excluye de por sí un estado de necesidad justificante.

La respuesta a la pregunta de si las conductas realizadas bajo coacción por las personas secuestradas en centros clandestinos de detención pueden encuadrar en uno u otro tipo de estado de necesidad dependerá de si concurren, en cada caso concreto, los restantes presupuestos de estas causas de exención de pena. El punto siguiente está dedicado al estudio de los elementos particulares de ambos estados de necesidad.

3.2 Los estados de necesidad justificante y exculpante en el derecho argentino: elementos comunes y divergentes entre el art. 34 inc. 2 segunda parte y el art. 34 inc. 3 CP

Los arts. 34 inc. 2, segunda parte y 34 inc. 3 CP regulan, respectivamente, estos dos supuestos diversos de estado de necesidad. En el primer caso se trata de un estado de necesidad que excluye la culpabilidad (estado de necesidad exculpante). En el segundo, de un estado de necesidad que elimina la antijuridicidad (estado de necesidad justificante). El art. 34 del CP indica que no corresponde punir a: “el que obrare violentado por [...] amenazas de sufrir un mal grave e inminente” (art. 34, inc. 2 segunda parte), ni a quien “causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño” (art. 34, inc. 3). De esta mera transcripción y de un análisis de la doctrina sobre el punto surge que ambos estados de necesidad comparten algunos requisitos y difieren en otros.

Los elementos que comparten son los siguientes: en primer lugar, debe existir un *peligro* de sufrir un mal; segundo, ese peligro debe ser *inminente*; tercero, la conducta en estado de necesidad debe ser *adecuada* para conjurar el peligro; cuarto, la conducta debe ser, además, *necesaria* para evitar el peligro; quinto, el autor debe haber sido *extraño* al peligro que lo impulsa a actuar²³ y, en general, no tener un deber de soportar el peligro; sexto, el autor debe haber actuado *para evitar* ese peligro.

Ellos difieren en lo siguiente: mientras que el estado de necesidad justificante requiere que el *mal causado sea menor que el mal evitado*, el exculpante sólo exige que el mal evitado sea *grave*.

²³ Si bien este requisito se encuentra expresamente previsto en la ley argentina sólo para el estado de necesidad justificante, la doctrina lo considera necesario también en el estado de necesidad exculpante (cfr. Righi, *Derecho Penal* cit., p. 284; cfr., también, Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 20/16; Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/44).



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

Esta diferencia explica las diversas razones que están en la base de la exención de pena en estos supuestos.

En el estado de necesidad justificante el derecho expresa un interés en la salvación del bien o interés que se considera preponderante frente a otro. Por ello, la conducta del autor que salva un interés considerado por el ordenamiento jurídico como objetivamente más valioso que el sacrificado no está jurídicamente desaprobada. La diferencia valorativa entre el bien salvado y el bien sacrificado debe ser, sin embargo, esencial²⁴, pues sólo así es posible justificar el sacrificio de bienes apreciables de terceros²⁵.

Esta especial comparación entre el interés salvado y el interés lesionado no es requerida en el caso del estado de necesidad exculpante. En este caso, la razón de la ausencia de pena no reside en la preponderancia de un bien o interés sobre otro, sino esencialmente en la *reducción de libertad* con que obra el sujeto en la situación concreta. Esta reducción de libertad limita el ámbito de autodeterminación del agente en un grado tal que el derecho ya no le exige un comportamiento conforme a derecho. La idea básica que está detrás del estado de necesidad exculpante es, por ello, la *inexigibilidad* de un comportamiento adecuado a la norma.

Cabe aclarar que la inexigibilidad no ha de entenderse de manera fáctica, sino normativa; pues aun cuando el sujeto pueda, de hecho, actuar de otro modo y tener la conducta debida, en ciertas circunstancias extremas, el derecho no le exige tal comportamiento. El comportamiento deviene entonces supererogatorio para el derecho. Dado que en el estado de necesidad exculpante lo que interesa es la reducción de la

²⁴ Cfr. el punto 3.3.(a).

²⁵ Sobre todo esto, cfr. más ampliamente, Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., § 9/97; Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 14/37 y ss. y § 16/1 y ss.; Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 31, II y § 33; Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 11/1 y ss. y § 13/1 y ss.

libertad²⁶, nuestro art 34 inc. 2 requiere que el mal evitado sea “grave”, pues sólo frente a una amenaza de un mal grave el autor puede considerarse propiamente “violentado”²⁷.

En resumen, de lo dicho hasta aquí queda claro que en el estado de necesidad justificante *también* puede haber una reducción de libertad: el autor –ya por causas naturales, ya por la acción humana– puede verse forzado a actuar para evitar un mal. Sin embargo, dado que el bien o interés salvado se considera más importante que el sacrificado, la acción no resulta antijurídica, por lo que se hace innecesario analizar la reducción de libertad que de hecho puede existir (el problema se soluciona ya en el plano del ilícito y no en el de la culpabilidad). En el estado de necesidad exculpante también se salva un bien; pero el problema no puede solucionarse en el nivel de la antijuridicidad (dado que el bien salvado no es considerado esencialmente superior) y se desplaza al nivel de la culpabilidad. Lo determinante en estos casos es la reducción de libertad del agente. La diferencia *esencial* entre ambos estados de necesidad radica, entonces, en el *diferente resultado que arroja la ponderación de bienes o intereses* entre el mal evitado y el mal causado. Cuando el bien salvado es considerado esencialmente mayor que el sacrificado interviene en principio una justificación; si esto no es así, sólo puede operar una exculpación si el mal evitado es *grave*.

3.3 Evaluación jurídica de las conductas típicas imputadas a los detenidos en centros clandestinos de detención. Sobre la aplicabilidad de los estados de necesidad justificante y exculpante

Las consideraciones generales efectuadas sobre el funcionamiento de los centros clandestinos de detención y sobre la actuación en estado de coacción de los detenidos (*sub*

²⁶ En el derecho alemán algunos autores atribuyen la razón de ausencia de pena –así como la reducción de culpabilidad– *también* a una reducción del contenido de injusto (no a su eliminación), debido a la finalidad legítima que persigue el autor con su acción; esto es, la protección frente a un peligro y el valor que conserva (que es, de hecho, un valor aunque no sea mayor que el que se sacrifica). Otros, como Günther Jakobs o Claus Roxin –partiendo de concepciones funcionales de la culpabilidad– explican la ausencia de pena a partir de las causas de exculpación y con base en consideraciones vinculadas con la finalidad preventiva de la pena; esto es, para estos autores, la intervención de una pena es innecesaria en estos casos por razones político-criminales. Sobre lo anterior, véase Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 43, III, p. 523; Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/11 y ss.; Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 20/4.

No es necesario aquí detenerse en estas concepciones. Basta con señalar que en el derecho argentino la razón de la exención de pena en el estado de necesidad exculpante es, preponderantemente, la reducción de culpabilidad a causa de la reducción de libertad. (cfr. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, cit., tomo IV, pp. 241 y ss.; Zaffaroni / Alagia / Slokar, *Derecho Penal*, cit., pp. 715 y ss.; Pessoa, en *Código Penal*, tomo. I, cit., p. 619).

²⁷ En otros derechos, como por ejemplo el alemán, esta causa de exención de la responsabilidad está autorizada sólo frente a un peligro sobre bienes jurídicos esenciales tales como la vida, la integridad física y la libertad (así el § 35 CP alemán).



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

2) han dejado entrever de manera más o menos explícita la presencia de varios de los elementos constitutivos de los estados de necesidad justificante y exculpante definidos en el subapartado anterior (*sub 3.2*). En esta parte se explicitarán brevemente estos elementos y se dedicará un análisis más detallado únicamente a aquellos que, por la configuración concreta de este patrón de casos, requieran aclaraciones adicionales.

Siguiendo un orden lógico, el análisis comenzará con el estado de necesidad justificante (*sub a*) y seguirá con el estado de necesidad exculpante (*sub b*). A fin de simplificar la exposición y evitar innecesarias reiteraciones, los *elementos comunes* exigidos por ambos estados de necesidad sólo serán tratados al analizar el primero.

Cabe aclarar que si en un caso concreto llegaran a verificarse tanto los elementos de un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 CP), como los de un estado de necesidad exculpante (art. 34 inc. 2 segunda parte CP), el primero debe desplazar al segundo. Que la concurrencia entre una causa de justificación y una causa de exculpación se resuelve a favor de la primera surge de la propia estructura de la teoría del delito en cuanto método de análisis de distintos niveles²⁸. Pues la pregunta por la antijuridicidad de una conducta es previa a la pregunta por la culpabilidad del autor por esa conducta, y cuando están dadas las condiciones para excluir la antijuridicidad, no tiene sentido analizar la culpabilidad del agente. Sólo si llegara a ser rechazado un estado de necesidad justificante la solución del problema se desplazaría al nivel de la culpabilidad.

Sea como fuere, es preciso poner de relieve que si en el caso concreto estuvieren dados los requisitos de uno u otro de estos estados de necesidad, el derecho penal material establece la no punibilidad (art. 34, CP) y, correlativamente, el derecho procesal penal argentino determina el dictado del sobreseimiento en cualquier etapa de la instrucción (334 y 336 inc. 5, CPPN).

(a)

El estado de necesidad por coacción justificante

(art. 34, inc. 3, CP)

Según el art. 34 inc. 3 CP, obra en estado de necesidad justificante quien causa un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño. La afirmación de un estado de necesidad justificante requiere entonces, como ya se ha adelantado, (a) que exista un *peligro* de sufrir un mal, (b) que este peligro sea *inminente*, (c) que la conducta en estado de

²⁸ Bacigalupo, *Manual*, cit., pp. 141 y ss.

necesidad sea *adecuada* y, además, (d) *necesaria* para evitar el peligro, (e) que el autor haya sido *extraño* al peligro y que no tenga un deber de soportar el peligro, (f) que haya actuado *para evitar* ese peligro y, por último, (g) que el *mal causado sea menor que el mal evitado*. Los requisitos señalados entre (a) y (f) son compartidos también por el estado de necesidad exculpante. En cambio, aquel señalado en (g) es específico del estado de necesidad justificante.

En el tipo de casos que son objeto de este informe la existencia de un *peligro* y de un estado de coacción para las personas secuestradas en los centros clandestinos de detención y exterminio parece indudable y sobre ello se han efectuado consideraciones generales que surgen de sentencias judiciales, testimonios y diversas fuentes que dan cuenta de la realidad que se vivía en es dichos centros (*sub 2*). Esas mismas consideraciones también permiten establecer la *inminencia* del peligro que se le presentaba a los detenidos: ante el incumplimiento de un acto de colaboración, el peligro amenazante podía razonablemente concretarse en daño en cualquier momento.

A pesar de la claridad de este punto es conveniente –para disipar eventuales dudas– hacer algunas puntualizaciones sobre el concepto de “inminencia” del peligro, teniendo en cuenta situaciones como las que se presentaban de modo característico en los centros clandestinos de detención.

En los supuestos en examen, como en seguida se explicará –y ya algo se ha adelantado–, se presenta una situación prototípica de lo que la doctrina conoce como *peligro permanente*. Según Roxin, hay peligro permanente cuando “una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa”²⁹. Se trata ciertamente de un peligro actual, aunque a veces latente, capaz de realizarse en todo momento. Es precisamente esta capacidad de convertirse en cualquier momento en un daño lo que hace que un peligro permanente sea todavía un peligro actual o, en la terminología de la ley argentina, *inminente*.

Jescheck y Weigend señalan que “El peligro es actual cuando desde una perspectiva objetiva *ex ante* es tan probable el acaecimiento del resultado en ese instante o en un momento posterior (peligro permanente), que las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado han de tomarse enseguida de modo razonable”³⁰. Jakobs, por su

²⁹ Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/17 y § 16/18.

³⁰ Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3 a) y 5.



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

parte, afirma que el peligro es actual cuando hay que actuar “si no se quiere que la producción del daño se convierta en algo inevitable”³¹.

Los conceptos de peligro “actual” utilizado por la ley alemana y de peligro “inminente” empleado por la ley argentina abarcan las situaciones de peligro permanente.³² La doctrina nacional ha entendido por peligro inminente la situación en la cual “el mal puede concretarse en cualquier momento” y ha señalado que esa posibilidad no es sólo de índole temporal, sino material³³; o bien que la inminencia es independiente de todo criterio cronológico, y es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto, aunque se trate de peligro continuo³⁴. El concepto peligro “inminente” comprende entonces al peligro permanente.

En los casos de centros clandestinos de detención o de campos de exterminio la atmósfera extremadamente coercitiva –creada por la repetición constante y sistemática de las torturas físicas y psíquicas más atroces, que en muchos casos finalizaban con la muerte– hacía innecesario –para la subsistencia del peligro– que antes de cada conducta del coaccionado se renovaran explícitamente las amenazas de sufrir un mal en caso de no realizar la conducta exigida. El funcionamiento mismo del CCD fundamenta, de modo casi mecánico –esto es, sin necesidad de verbalizaciones de las amenazas– una situación de peligro permanente. Se trata, como se ha dicho, de un caso prototípico de peligro permanente.

La conducta en estado de necesidad debe ser *adecuada* y *necesaria* para evitar el peligro³⁵. El primer requisito se refiere a la idoneidad del medio para evitar el peligro y el segundo a que el autor debe utilizar el medio menos lesivo entre aquellos idóneos. En el modelo de casos aquí examinados estos requisitos no plantearían problemas relevantes.

Como se ha dicho anteriormente (*sub 2*), en el contexto de los centros clandestinos de detención y exterminio, la negativa a brindar colaboración de distinta índole traía aparejado el aumento de la probabilidad de ser sometido a tratos crueles y de ser eliminado físicamente. Dicho de otro modo: la realización de actos de colaboración con los captores disminuía la probabilidad de que esos riesgos se concretaran y aumentaban (al menos inmediatamente) la probabilidad de supervivencia. En este sentido, los actos de colaboración eran *adecuados* para evitar el peligro. Ciertamente, al igual que la existencia

³¹ Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/15, donde también señala que en el estado de necesidad no se debe ser tan estricto como en la legítima defensa para la medición de la actualidad.

³² Cfr., entre otros, Righi, *Derecho Penal*, cit., p. 287.

³³ Pessoa, en *Código Penal*, tomo I, cit., pp. 616.

³⁴ Cfr. Zaffaroni / Alagia / Slokar, *Derecho Penal*, cit., p. 605.

³⁵ Cfr., por todos, Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/19.

del peligro, la adecuación de la acción en estado de necesidad debe medirse *ex ante* y requiere solamente que ella aumente de manera considerable las chances de salvar el bien amenazado del peligro actual³⁶. El hecho de que algunos de los que colaboraban fueran luego, de todos modos, asesinados no cambia en nada esta situación, pues, como se viene afirmando, el requisito de la adecuación sólo requiere que se salve el bien del peligro *actual* y desde una perspectiva *ex ante*. Desde este punto de vista, los comportamientos efectuados por los detenidos pueden considerarse adecuados para conjurar las diferentes situaciones de peligro inminente que, ante la desobediencia concreta, con alta probabilidad, se convertirían en daño; esto así independientemente de que en un momento posterior los daños pudieran de todos modos concretarse³⁷.

En cuanto a la consideración de si las conductas eran *necesarias* para conjurar el peligro, debe tenerse en cuenta que en el contexto de los CCD es muy difícil pensar en opciones disponibles para la persona cautiva. En general, quien actúa bajo coacción sólo puede cumplir la conducta que en cada caso le es exigida o se espera de él. Estas conductas son, en la situación concreta, las únicas posibles para salvaguardar la vida y la integridad física, entre otros bienes sujetos a amenaza permanente. Para desechar el cumplimiento del requisito de que la acción haya sido “necesaria” en el caso concreto, debería poder demostrarse que el autor disponía de un medio *menos lesivo* para terceros, pero *igualmente idóneo* para disipar el peligro inminente que lo amenazaba³⁸.

El autor debe, además, ser *extraño* al peligro que lo impulsa a actuar³⁹. La responsabilidad por la creación del conflicto –esto es, su organización defectuosa– impide una exención de responsabilidad. Las consideraciones vertidas sobre el origen de la situación de peligro en la constelación de casos bajo análisis también indicarían que los detenidos que se vieron forzados a realizar conductas que se subsumen en tipos penales eran *extraños* al peligro que los amenazaba. Las personas cuya imputación penal aquí se analiza

³⁶ Cfr. Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/19, donde indica que, si bien el requisito de la *adecuación* debe ser interpretado estrictamente para no perturbar *inútilmente* bienes jurídicos ajenos, un medio no es inidóneo por el hecho de que no pueda evitar el daño con seguridad o con una elevada probabilidad.

³⁷ Lo dicho abarca diversas situaciones posibles dentro de los CCD; entre ellas, la de personas que, luego de ser sometidas a tratos crueles e inhumanos, alcanzaron cierta situación diferenciada (o, de algún modo, “privilegiada”) respecto de la del resto de los detenidos. Precisamente en estos casos, el mantenimiento de esa situación (que implicaba muchas veces la realización de conductas típicas) estaba indisolublemente ligada a la expectativa de no ser sometido nuevamente a tormentos, o de no ser privado de la vida.

³⁸ La existencia de un medio idóneo pero menos lesivo debería poder afirmarse con toda certeza, pues en caso de duda sobre si existían medios menos lesivos pero igualmente idóneos, ello debería favorecer al autor; en este ámbito, la duda acerca de la concurrencia fáctica de los requisitos de las eximentes, en tanto se refiera a situaciones *de hecho*, obliga a resolver a favor del imputado por aplicación del *in dubio pro reo* derivado del principio de inocencia (arts. 18 y 75, inc. 22, de la CN).

³⁹ Cfr. Zaffaroni / Alagia / Slokar, *Derecho Penal*, cit., p. 719.



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

fueron detenidas contra su voluntad y conducidas a un centro clandestino de detención por personal de las fuerzas de seguridad del Estado; por ello, en principio, no puede sostenerse que hayan contribuido a crear el peligro que las amenazaba.

La existencia de un estado de necesidad requiere no sólo de la concurrencia de elementos objetivos, sino también que el autor haya reconocido esa situación y haya obrado en consecuencia. El art. 34 inc. 3 CP exige que el autor actúe *con la intención de evitar el mal* que lo amenaza. Esto surge del giro “por evitar” contenido en esa disposición. Si bien este elemento subjetivo debe ser comprobado en cada caso concreto, su existencia parece poder derivarse de la situación coactiva objetiva de los CCD descripta en el punto 2. Con todo, en las causas judiciales en curso existen testimonios y alegaciones específicas de los imputados o sus defensas que corroboran esta situación⁴⁰.

Hasta aquí lo que respecta a los elementos comunes a los estados de necesidad justificante y exculpante.

En lo que toca específicamente al estado de necesidad justificante es necesario aún verificar si el autor con su conducta *ha salvado un bien mayor que el lesionado*.

El derecho argentino –a diferencia de otras legislaciones como, por ejemplo, la alemana– no prevé de manera expresa que el bien salvado sea “sustancialmente” mayor que el sacrificado (se refiere sólo a “un mal para evitar otro mayor”). Sin embargo, la doctrina ha considerado que este requisito es inherente al estado de necesidad justificante.⁴¹ Al menos, es seguro que esto debe aceptarse en los casos de estado de necesidad *agresivo* que se dirige contra personas ajenas a la situación de necesidad, pues sólo ante tal diferencia sustancial entre bienes sería razonable exigir solidaridad a un tercero. En tales supuestos, parte de la doctrina exige incluso algo más que una preponderancia esencial, a saber: que los intereses protegidos sean *desproporcionadamente superiores* a los salvados.⁴² Como sea, lo cierto es que un estado de necesidad agresivo no puede medirse con el mismo rasero que

⁴⁰ En este punto parece necesario aclarar que no es una condición para la aplicación de causas de justificación o de exculpación su alegación por parte del imputado y los requisitos para la aplicación de esos institutos pueden verificarse a partir de la totalidad de elementos probatorios que permitan reconstruir el hecho histórico. Por lo demás, exigir la alegación por parte del imputado implicaría obligarlo a reconocer la comisión de conductas típicas (y posiblemente sujetas a otra clase de reproches fuera del ámbito penal). En este sentido, es comprensible que muchos imputados, como línea de defensa, intenten negar la comisión de los hechos afirmados por la acusación. Ello, de por sí, no impide tener por comprobados los requisitos para la aplicación de causas de justificación o exculpación. Finalmente, cabe reiterar lo dicho en nota anterior acerca de que la duda acerca de la concurrencia fáctica de los requisitos de estas eximentes, en tanto se refiera a situaciones *de hecho*, obliga a resolver a favor del imputado por aplicación del *in dubio pro reo* derivado del principio de inocencia (arts. 18 y 75, inc. 22, de la CN).

⁴¹ Bacigalupo, *Manual* cit., p. 234 (debe existir una “marcada diferencia” entre el bien salvado y el bien sacrificado); Righi, *Derecho Penal*, cit., p. 287.

⁴² Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/108.

uno defensivo y que en el primero debe existir una diferencia significativa a favor del bien salvado para que intervenga la causa de justificación.⁴³

Por otro lado, la doctrina dominante es pacífica en reconocer que la ponderación de bienes en el estado de necesidad no debe tomar en cuenta únicamente el valor *en abstracto* de los bienes jurídicos en juego.

Además de este primer aspecto de análisis, para cuya concreción es preciso recurrir a las escalas penales previstas en el ordenamiento jurídico para los delitos en cuestión, también deben incluirse en la ponderación *factores del caso concreto* tales como la intensidad de afectación concreta de los bienes jurídicos, el grado de proximidad del peligro –lo que incluye una comparación de los cursos posibles de los acontecimientos–, la medida del peligro que se evita o que se crea con la acción de salvamento, la cuantía del daño material o moral esperado, el significado funcional o simbólico de los bienes afectados, otros sacrificios y consecuencias de la afectación⁴⁴. Especialmente la formulación elegida por nuestro legislador en el art. 34 inc. 3 CP (en cuanto se refiere a evitar un *mal* mayor) permite un análisis en concreto de los bienes en disputa.

La inclusión en la ponderación de elementos que van más allá de los bienes jurídicos abstractos ha llevado a la doctrina a preferir el concepto de *ponderación de intereses*.⁴⁵ Este término permite visualizar con mayor claridad que, además del valor abstracto de los bienes en disputa, debe entrar en consideración “la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación”.⁴⁶ Es por ello que se sostiene pacíficamente que la salvación de bienes de mayor valor en abstracto no siempre está justificada, pues esta valoración puede cambiar cuando se incluyen criterios concretos en la ponderación; de ahí que, dadas las circunstancias, un bien en abstracto de menor valor puede equipararse o incluso tener preeminencia sobre el bien que en abstracto es mayor.⁴⁷

Para que intervenga la justificación, la doctrina también exige que el vencimiento del estado de necesidad por medio de la lesión del interés en conflicto aparezca, en la situación concreta, como conforme a las concepciones valorativas de la sociedad. La doctrina no es pacífica, sin embargo, en punto a si este criterio de la *adecuación ético-social* de la conducta en estado de necesidad es un requisito autónomo que debe operar en un “segundo escalón

⁴³ Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/15; Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/64.

⁴⁴ Cfr., con más detalles, Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, c); Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/22 y ss.; Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/20 y ss.; Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/100 ss.; Bacigalupo, *Manual*, cit., pp. 233 y ss.; Soler, *Derecho Penal Argentino*, cit., tomo I, p. 463; Zaffaroni / Alagia / Slokar, *Derecho Penal*, cit., p. 606

⁴⁵ Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/22.

⁴⁶ Bacigalupo, *Manual*, cit., p. 233

⁴⁷ Cfr., entre otros, Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/28.



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

valorativo” luego de la afirmación de la preponderancia esencial del bien salvado sobre el sacrificado⁴⁸ o si, en cambio, se trata de un criterio que juega ya en el marco de la ponderación de intereses.⁴⁹ Tampoco hay completa coincidencia en cuanto a los supuestos que deben ingresar en esta categoría, ni en qué casos estas consideraciones impiden una justificación.⁵⁰ Lo que sí es ampliamente compartido es que en el análisis de si una conducta está cubierta por un estado de necesidad justificante deben tenerse en cuenta ciertos puntos de vista ético-sociales.

La cláusula de la adecuación se aplicaría, para algunos, en los casos en que la solución del conflicto está canalizada por un procedimiento determinado; en tal caso, cualquier otra solución sería inadecuada.⁵¹ También se recurre a esta cláusula para impedir la justificación en los casos en que el autor tenga un deber de tolerar el peligro⁵². Esta cláusula es invocada principalmente en los casos en que la conducta del autor afecta el derecho a la autodeterminación o autonomía de la persona o el principio de la dignidad humana⁵³. Así, se ha dicho que la lesión de la dignidad humana no sería un *medio adecuado* en el sentido de la norma del estado de necesidad⁵⁴ o que la finalidad de salvar la vida no permite causar lesiones considerables a un sujeto no implicado en la situación de

⁴⁸ Así, Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, d); Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/36 y ss.

⁴⁹ Así, Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/79 y ss. También Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/108, sostiene que en estos casos la preponderancia del bien salvado sobre el sacrificado no debe ser sólo esencial, sino desproporcionada.

⁵⁰ Ver las diferencias en Roxin, *Derecho penal* cit., § 16/41 y ss. y 16/79 y ss.; Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, d); Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/36 y ss.; Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/108 y ss.

⁵¹ Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/36 y ss., sostiene que la policía no está amparada por un estado de necesidad en caso de que, para la persecución de delitos de tráfico de estupefacientes, penetre en la morada ajena sin cumplir los requisitos exigidos por la ley procesal para el registro domiciliario.

⁵² Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/111; Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, d), donde menciona, además, otros supuestos de aplicabilidad de la cláusula de la adecuación.

⁵³ El caso de manual es el siguiente: el transplante de un riñón sin el consentimiento del donante no estaría justificado ni siquiera en el caso de que sólo de este modo se pudiera salvar la vida de una persona, pues su extracción es una injerencia muy grave no sólo en la integridad corporal, sino especialmente en el derecho a la personalidad (Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/42; Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/109; Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, d).

Parte de la doctrina no justifica incluso que para salvar una vida se extraiga sangre a una persona contra su voluntad, aunque la injerencia en la integridad física sea ínfimas, porque aquí también estarían involucrados la autodeterminación y la dignidad humana (Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, d); Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/109; en contra, Roxin, *Derecho Penal* cit., § 16/43 s). En la doctrina argentina, véase Zaffaroni / Alagia / Slokar, *Derecho Penal*, cit., p. 605.

⁵⁴ Roxin, *¿Puede admitirse, o al menos quedar impune, la tortura estatal en casos excepcionales?*, en NDP 2004/B, cit. p. 551.

necesidad⁵⁵. En este contexto se discute si acaso es posible justificar la tortura debido a que ella lesiona también la dignidad humana⁵⁶.

Para justificar actos de tortura para salvar la vida debe poder afirmarse la tesis de que el interés en la conservación de la vida es *esencialmente* superior al interés que protege la norma de prohibición de la tortura. Sin embargo, dado que la tortura produce una afectación de la dignidad humana y que su prohibición hoy en día está reconocida entre aquellas de mayor valor para una comunidad civilizada, difícilmente la ponderación de intereses pueda arrojar como resultado, más allá de toda duda, la preponderancia esencial de la vida como interés salvado.

La doctrina ha advertido que la comparación de intereses no es capaz de proporcionar en muchas ocasiones un resultado claro y unívoco, debido a que no siempre los bienes son comparables y a la multiplicidad de factores que intervienen en ella⁵⁷. En estos casos de *duda* en la ponderación, la doctrina se inclina en general por la solución contraria a la justificación. El requisito de la esencialidad, se dice, significa que la preponderancia de intereses debe ser indudable e inequívoca⁵⁸. Esta solución es absolutamente convincente en casos de estado de necesidad agresivo. Jakobs ha señalado, al respecto, que “[d]ado que sólo se puede exigir la solidaridad general en ámbitos axiológicamente claros, el que interviene soporta el riesgo de la incertidumbre axiológica”⁵⁹. A un tercero que es completamente ajeno a la situación de necesidad del autor no se le puede imponer un deber de tolerancia fundado en el principio de solidaridad si no es clara la preponderancia esencial del interés a salvar.

Es a la luz de todos estos aspectos que debe analizarse si las conductas realizadas por detenidos en centros clandestinos de detención pueden estar justificadas. Si en el caso concreto no pudiera afirmarse que el interés salvado es *esencialmente* más valioso que el sacrificado, la solución del problema sólo podría buscarse en el plano de la culpabilidad a través de una causa de exculpación. Como se verá enseguida, la doctrina se inclina por

⁵⁵ Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/42.

⁵⁶ Ver la discusión en Roxin, Claus, *¿Puede admitirse, o al menos quedar impune, la tortura estatal en casos excepcionales?*, en NDP 2004/B, pp. 547 y ss.

⁵⁷ Stratenwerth, *Derecho Penal* cit., §§ 9/101 y 111; Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 13/35; Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/22.

⁵⁸ Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 16/77; Jescheck / Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, cit., § 33, IV, 3, c). Por su parte, Stratenwerth, *Derecho Penal* cit., §§ 9/101 y 111 quiere solucionar la duda a favor del autor en estado de necesidad cuando este intervenga en bienes colectivos no susceptibles de desencadenar legítima defensa, pero no en los casos de bienes jurídicos que sí pueden ser defendidos con legítima defensa.

⁵⁹ Jakobs, *Derecho penal* cit., § 13/35.



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

admitir la exculpación también en casos en los cuales la conducta en estado de necesidad lesiona la dignidad humana de un tercero⁶⁰. Sobre esto tratará el apartado siguiente.

(b)

El estado de necesidad por coacción exculpante

(art. 34, inc. 2, segunda parte CP)

La mayoría de los elementos del estado de necesidad exculpante coinciden con los del estado de necesidad justificante. Por ello, para el análisis de esos requisitos comunes basta con remitirse al punto anterior⁶¹.

Como ha sido afirmado antes en este documento, el estado de necesidad justificante y el exculpante difieren en que el primero requiere que el interés salvado sea sustancialmente mayor que el lesionado, mientras que el segundo sólo exige que el mal amenazado sea *grave*. Lo determinante aquí es la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho a causa de la reducción de libertad que produce la coacción (ver más ampliamente *sub 3.2*). Este tipo de estado de necesidad opera ante la paridad entre el interés sacrificado y el interés salvado, e incluso cuando el primero es mayor que el segundo; siempre, claro está, que exista la situación de presión psíquica que funda la inexigibilidad.

Las abundantes manifestaciones hechas a lo largo de este informe acerca de las condiciones de subsistencia en los centros clandestinos de detención y sobre el peligro que, en ese contexto, implicaba cualquier oposición a las órdenes o deseos de los captores (especialmente *sub 2 y 3.2*) son demostrativos de la presencia de este requisito (amenaza de un *mal grave*) en el patrón de casos aquí examinados.

Tres últimas aclaraciones son necesarias.

En primer lugar, parte de la doctrina exige que el daño causado no sea desproporcionado⁶². Con esta exigencia se quiere excluir del ámbito de la exculpación aquellas conductas que, para evitar lesiones muy ínfimas a bienes jurídicos, provocan lesiones muy importantes a bienes de terceros⁶³. Pero tal exigencia de proporcionalidad no

⁶⁰ Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/111: "cuando no haya una solución jurídica clara, al menos tiene que decaer todo reproche de culpabilidad". Cfr. en esencia también Roxin, *¿Puede admitirse...*, cit. p. 556.

⁶¹ La única aclaración que es preciso hacer se refiere a que la exigencia de que la conducta en estado de necesidad debe tener la finalidad de evitar el mal se deriva aquí del requisito de que el autor actúe "violentado". Cfr. en general sobre el elemento subjetivo del estado de necesidad exculpante, Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., § 10/112.

⁶² Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/54; Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 20/8.

⁶³ Esta exigencia no significa, sin embargo, que el daño evitado tenga que ser mayor que el ocasionado; en este caso podría tener lugar una causa de justificación, así Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/54.

juega, según la misma doctrina, cuando el bien salvado es la vida o cuando el autor actúa para evitar importantes menoscabos a la salud o integridad física⁶⁴. Por ello, este requisito no cumple ningún papel en casos como los aquí analizados.

En segundo lugar, la doctrina ha discutido si también una exculpación debe excluirse en los casos extraordinariamente extremos en que la conducta del autor lesiona valores ético sociales especialmente importantes (por ejemplo, en casos de torturas). Si bien en estos casos, como ya hemos visto, la doctrina rechaza en principio una justificación –pues de lo contrario se debilitaría enormemente la vigencia de tales valores supremos del ordenamiento jurídico– sí se inclina, en cambio, por aceptar una exculpación⁶⁵. En este sentido se sostiene que el derecho no puede ser indiferente frente a la situación de necesidad en la que actúa el sujeto y que, por ello, en tales casos no corresponde formular un reproche de culpabilidad.

Cabe remarcar nuevamente que no se trata, en este nivel (al momento de considerar la culpabilidad), de analizar si actos lesivos de la dignidad humana pueden considerarse permitidos por el orden jurídico (aspecto vinculado al nivel de la justificación), sino de determinar si la *reducción de libertad* del sujeto que comete dichos actos en un contexto opresivo impide que el derecho le formule un reproche penal por no haber actuado de otro modo. La cuestión se refiere, entonces, a la *inexigibilidad* de otro comportamiento y no a que su acto haya sido conforme a derecho.

Por último, debe señalarse que la circunstancia de que muchos detenidos optaran por sacrificarse a sí mismos tolerando nuevas torturas y exponiéndose a un altísimo riesgo de muerte, con tal de no colaborar con el régimen y no delatar a compañeros, o no participar en hechos delictivos en contra de éstos, no puede tener ninguna relevancia en la valoración jurídica de las conductas de quienes no siguieron este camino. Aun cuando desde el punto de vista psicológico siempre cabe la posibilidad *fáctica* de actuar de otro modo –esto es, de cumplir con la norma– lo cierto es que el *derecho* no exige al ciudadano el comportamiento de un héroe. En este sentido, el principio de inexigibilidad que está en la base del actuar bajo coacción no es un concepto natural, sino normativo. Sobre esto hay amplia convergencia en la doctrina⁶⁶.

⁶⁴ Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 20/8. Por ello, se afirma que también es disculpable el homicidio de otro para evitar daños a la integridad física (Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/54) o el homicidio de varios cuando no se pueda salvar la vida de otra manera (Roxin, *Derecho Penal*, cit., § 22/54; Jakobs, *Derecho Penal*, cit., § 20/8).

⁶⁵ Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., §§ 9/111; Roxin, *¿Puede admitirse...?*, cit. p. 556.

⁶⁶ Cfr. Stratenwerth, *Derecho Penal*, cit., § 10/94 y ss.; especialmente, 10/112.



Procuración General de la Nación

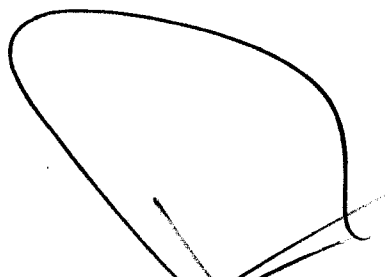
Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado

4. CONCLUSIÓN

En este documento se advierte sobre la necesidad de analizar el contexto de acción en el que tuvieron lugar las conductas típicas imputadas a personas que se encontraban detenidas en los centros clandestinos utilizados por el terrorismo de Estado. En estos casos, el tratamiento jurídico penal debe comprender la evaluación de la aplicabilidad de las herramientas normativas que el derecho penal prevé específicamente para contextos opresivos para el autor de la conducta, en los que existe un riesgo cierto de pérdida de bienes esenciales como la vida y la integridad física; en otros términos, no puede prescindirse de la evaluación de si en el caso concreto debe operar un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 CP) o bien un estado de necesidad exculpante (art. 34 inc. 2, segunda parte CP).

La finalidad del documento es ofrecer un marco de análisis *general* para la solución de estos supuestos. Para ello se han tenido en cuenta casos prototípicos o patrones de conducta que suelen encontrarse en causas judiciales en trámite y en diversos materiales que explican y describen la realidad de los centros clandestinos de detención y exterminio. Estas consideraciones generales pueden resultar útiles al momento de analizar casos particulares, en los que habrá que tener en cuenta las circunstancias específicas que en ellos se presenten.

Unidad Fiscal de Coordinación, 27 de junio de 2008.



PABLO F. PARENTI
SUBDIRECTOR GENERAL

**UNIDAD FISCAL DE COORDINACION Y SEGUIMIENTO DE LAS
CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS
COMETIDAS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION**



JORGE EDUARDO AUAT
FISCAL GENERAL
UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS
CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS
COMETIDAS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN

