

Dictamen de Jan-Michael Simon
en el caso Cosme Rosa Genoveva y otros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil

Friburgo en Brisgovia-Tegucigalpa
29/09/2016

ÍNDICE

I. Pregunta	2
II. Hechos	3
1. Objetivo del OP-1995	3
2. Integrantes del OP-1995	4
3. Responsables jerárquicos del OP-1995	4
4. Resultados letales del OP-1995	6
5. Carga de prueba	9
<i>a) Comportamiento respecto al lugar de los hechos</i>	11
<i>b) Calidad de las investigaciones</i>	12
<i>c) Contexto de prácticas policiales y de la política institucional</i>	20
6. Conclusión	25
III. Respuesta	27
1. Marco metodológico.....	27
2. Marco conceptual.....	30
<i>a) Concepto del dominio del hecho</i>	34
<i>b) Autoría y participación</i>	42
<i>c) Coautoría</i>	43
3. Subsunción.....	46
<i>a) M. A. R.</i>	47
<i>b) M. F. A.</i>	50
4. Conclusión.....	53
IV. Resultado	53

I. Pregunta

1. El tema general de la pericia, de acuerdo al objeto definido por la Honorable Corte Interamericana en su Resolución de 4 de agosto de 2016, es el alcance de las responsabilidades de los agentes estatales involucrados en las presuntas violaciones a los derechos humanos relacionadas con la obstrucción de las investigaciones en el caso concreto a partir del Derecho penal comparado y dogmática penal.
2. Dado que en el caso no se trata de determinar la responsabilidad penal de los individuos involucrados, sino de la responsabilidad del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana”), por falta de la debida diligencia de sus autoridades investigativas y obstrucción activa de las investigaciones, de manera que los supuestos perpetradores de las presuntas violaciones permanecerían en impunidad, la presente pericia se limita a establecer la necesidad de una investigación criminal, sin que se pretenda determinar la responsabilidad penal de los individuos involucrados; esto, como es obvio, sin perjuicio de sus responsabilidades penales y la respectiva obligación del Estado brasileño de sancionarlos.
3. Ante este propósito, la presente pericia se limita a analizar la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a todos los responsables, de acuerdo a la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana. En concreto, la pericia analiza la

responsabilidad criminal de la cadena de mando, a partir del Derecho penal comparado y dogmática penal.

4. Finalmente, de modo ilustrativo, se decidió centrar el peritaje en las violaciones cometidas en el operativo policial del ocho (08) de mayo del año 1995 en Río de Janeiro (en adelante, “OP-1995”), sin perjuicio de la obligación del Estado de investigar a todos los responsables de las violaciones cometidas en los hechos de octubre del año 1994, incluyendo a los superiores jerárquicos de los autores materiales. Ello obedece a la escasez probatoria para procesar a los autores individuales, directamente responsables por las presuntas violaciones en el OP-1995. En dicha coyuntura, la cadena de mando podría resultar aún más relevante para establecer el alcance de la obligación del Estado brasileño de investigar y sancionar a los agentes estatales involucrados en los hechos.

II. Hechos

5. El ocho (08) de mayo del año 1995, agentes de la Policía de Río de Janeiro llevaron a cabo un operativo policial en la favela Nova Brasília localizada en el barrio de Bonsucesso en el norte del municipio de Río de Janeiro, en un complejo continuo de *favelas* denominado “Complexo do Alemão”.¹

1. Objetivo del OP-1995

6. El objetivo del OP-1995, de acuerdo a la versión dada por los integrantes del OP-1995 y sus superiores jerárquicos, era interceptar un cargamento de armas de traficantes de drogas locales que iba ser entregado a un traficante de drogas y ladrón

¹ Para una reconstrucción de la historia de la favela Nova Brasília *cfr.* JANICE PERLMAN, *Favela. Four Decades of Living on the Edge in Rio de Janeiro*, Oxford University Press, Nova York, 2010, p. 101 y ss.

de bancos y detener a los involucrados;² el OP-1995 fue planificado a partir de una denuncia telefónica.³ En el operativo participaron dos (02) helicópteros de la policía que, según la versión de las mismas fuentes, tenían la función táctica de proteger a los policiales que llevaron a cabo el operativo por tierra y orientarlos.⁴ Cabe señalar que existen indicios que el OP-1995 fue planificado detalladamente. Así, según información en la prensa nacional, previo a este operativo policial se hizo un trabajo de inteligencia, infiltrando las estructuras criminales de la localidad.⁵

2. Integrantes del OP-1995

7. Según fuentes oficiales, participaron veinte (20) efectivos de la Policía Civil de Río de Janeiro (“PCERJ”, por las letras iniciales de su nombre en portugués).⁶ Del total de este número de efectivos, catorce (14) pertenecían a la antigua Comisaría de Represión de Robos y Hurtos contra Establecimientos Financieros (“DRRFCEF”, por las letras iniciales de su nombre en portugués) y seis (06) pertenecían a la tripulación de los dos (02) helicópteros de la PCERJ.⁷

3. Responsables jerárquicos del OP-1995

² Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.9.19.0001), p. 15-19.

³ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.9.19.0001), p. 20.

⁴ Cfr. MPRJ Procedimento Investigatório n.º 901-00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 19.

⁵ “Policia mata 14 traficantes em Ramos”, en: periódico “O Globo” del nueve (09) de mayo de 1995, Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 47. “Ação de Informantes foi fundamental”. Jornal O Globo, 09 de maio de 1995. MPRJ, Ibid, p. 269.

⁶ Cfr. MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001) p. 16-21 e p. 999-1004.

⁷ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 15-19

8. El titular de la DRRFCEF era el Comisario Mário de Freitas Azevedo (en adelante, “M. F. A.”),⁸ Según información en la prensa nacional,⁹ M. F. A. había seleccionado los integrantes del OP-1995 y planificado el operativo policial conjuntamente con el Comisario adjunto de la DRRFCEF, Marcos Alexandre Reimão (en adelante “M. A. R.”), quien luego ejecutó el plan.¹⁰ La DRRFCEF estaba bajo la dirección y coordinación del Departamento General de Policía Especializada (DGPE, por las letras iniciales de su nombre en portugués)¹¹ a cargo del Comisario Rafik Louzada Aride (en adelante, R. L. A.), el cual dependía del Secretario de Seguridad Pública del Estado de Rio de Janeiro, General (r.) Euclimar Lima da Silva (1935-1998) (en adelante “E. L. S.”), el cual ejerció su cargo entre uno (01) de enero y dieciocho (18) de mayo del año 1995 y dependía, a su vez, del Gobernador, Marcello Nunes de Alencar (1925-2014) (en adelante, “M. N. A.”), quien ejerció su cargo entre uno (01) de enero del año 1995 a uno (01) de enero del año 1999.
9. Se debe subrayar que en el año 1995 la decisión del apoyo de helicópteros en operativos policiales no dependía de la Comisaría que dirigía el operativo, sino de la aprobación de la antigua Coordinadora General de Operaciones Aéreas (“CGOA”, por las letras iniciales de su nombre en portugués). La CGOA fue creada en el año 1985 como unidad de la PCERJ para la coordinación del apoyo aéreo a operaciones tácticas policiales.¹² La necesidad de la coordinación del apoyo operativo aéreo por

⁸ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001) , p. 35; Human Rights Watch, *Violência x Violência: Violações aos Direitos Humanos e Criminalidade no Rio de Janeiro* (1996): <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/hrw/hrwrio.htm>.

⁹ Jornal o Dia, “Há 6 meses foram 13 mortos”, de 09 de maio de 1995. Anexo 1.

¹⁰ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 20-23.

¹¹ *Cfr.* Ley n.º 256, del treinta (30) de agosto de 1979.

¹² Los antecesores habían sido la “Asesoría Aéreo Policial” (1970) y, después de la creación de la PCERJ en 1975, el “Departamento Aéreo Policial” de la PCERJ. La coordinación de las operaciones tácticas policiales con apoyo aéreo seguían bajo la CGOA, hasta que pasaron en el año 2000 a la “Coordinadora de Recursos

la CGOA indica que DRRFCEF contó con la colaboración de otra sección de la PCERJ, lo que implica la planificación y comunicación entre departamentos y agentes de la PCERJ, más allá de la DRRFCEF. Esto indica a su vez que, además los responsables de la DRRFCEF, otras autoridades de la PCERJ estaban involucrados.¹³

4. Resultados letales del OP-1995

10. Durante el OP-1995 fallecieron trece (13) personas.¹⁴ Los respectivos informes de análisis necroscópico establecen que nueve (09) de las trece (13) personas fallecidas fueron disparadas por proyectiles de arma de fuego (en adelante “PAF”) en la región de la cabeza, siete (07) fueron alcanzados por PAF en el área dorsal (espalda)¹⁵ y al menos cuatro (04) de las personas fallecidas presentaron lesiones por impacto de PAF (en adelante, “IPAF”) en las regiones de los brazos, antebrazos y piernas.¹⁶ Además, diez (10) de las personas fallecidas presentaron otro tipo de

Especiales” (“CORE”, por las letras iniciales de su nombre en portugués), convirtiéndose en el “Servicio Aéreo Policial” (“SAER”, por las letras iniciales de su nombre en portugués), nombre que mantiene hasta el día de hoy. Posteriormente, la CGOA se convirtió en 2003 en “Coordinadora Adjunta de Operaciones Aéreas” (“CAOA”, por las letras iniciales de su nombre en portugués) y pasó al mando de la Coordinadora Militar de la Secretaría del Estado de la Casa Civil del Gobierno de Rio de Janeiro, convirtiéndose en 2007 en la “Subsecretaría Adjunta de Operaciones Aéreas” (“SAOA”, por las letras iniciales de su nombre en portugués) bajo el mando de la Subsecretaría Militar de la Secretaría del Estado de la Casa Civil del Gobierno de Rio de Janeiro.

¹³ El uso de helicópteros en redadas policiales no dependían, en el tiempo de los fatos, de la simple orden de la policía que dirigió la operación, pero del consentimiento del Coordinador General de Operaciones Aéreas, “CGOA”, el organismo responsable por controlar las operaciones aéreas de la policía, establecido en 1985, y luego subordinada al Departamento de la Casa Civil. Cfr. https://pt.wikipedia.org/wiki/Coordenadoria_Adjunta_de_Operacoes_Areas

¹⁴ MP RJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 03-05.

¹⁵ MP RJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 51-102.

¹⁶ Pericia Médico Legal del Doctor Antenor Plácido Carvalho Chicarino del veinte (20) de enero de 2001 (en adelante, “Pericia Dr. Chicarino”), p. 04, 07, 08 y s. (Anexo 2).

lesiones, diferentes a las causadas por IPAF,¹⁷ algunas de ellas compatibles con lesiones causados por instrumentos contundentes.¹⁸

11. Varias características de las lesiones de las personas fallecidas en el marco del OP-1995 indican que los IPAF no resultaron de una situación de intercambio de disparos. Por ello, se descarta *prima facie* la posibilidad que todas las personas fallecidas hayan sido impactadas por PAF en legítima defensa contra un peligro eminente de la propia vida de los integrantes del OP-1995 o de terceros. En primer lugar, es de notar que lesiones de IPAF causados por disparos a corta distancia son atípicas para las lesiones de IPAF que resultan de una situación de intercambio de disparos. Igualmente, en un escenario de intercambio de disparos, raramente se justifican lesiones distintas a las causadas por IPAF, y aún menos lesiones causadas por instrumentos contundentes. Aun suponiendo que dichas lesiones fueron causadas por la caída durante una eventual fuga de la persona, esto sólo corroboraría la desventaja táctica de esta persona frente al poder de fuego de los integrantes del OP-1995. Además, las lesiones de disparos y otro tipo de lesiones en el brazo y el antebrazo son reacciones instintivas, indicativas de una reacción de defensa con la extremidad anatómica que sostiene un arma de fuego, lo que es atípico para una situación de intercambio de disparos.

12. Al mismo tiempo, es atípico para un operativo policial, destinado a interceptar un cargamento de armas y detener personas, que un alto porcentaje de las personas fallecidas en el marco del OP-1995 tengan IPAF en la cabeza. Más bien, esta

¹⁷ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 288-290. Pericia Médico Legal de la Doctora Tania Donati Paes Rios del veinticinco (25) de septiembre de 2000 (en adelante, "Pericia Dra. Donati"), p. 03.

¹⁸ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 290. Pericia Dr. Chicarino, *cit. supra* n. 18, p. 08 y s.

distribución de las lesiones causadas por IPAF entre el total de las personas fallecidas demuestra que la intención era incapacitarlas, matándolas en vez de incapacitarlas inmovilizándolas físicamente para detenerlas¹⁹. Al mismo tiempo, con estos datos se descarta *prima facie* la posibilidad que las personas fallecidas en el OP-1995 hayan sido impactadas por PAF perdidas, disparadas por personas distintas a los integrantes de este operativo policial, ya que la probabilidad de recibir un IPAF en la cabeza de un PAF perdido es sin lugar a duda menor de setenta y cinco (75) por ciento.

13. Otro indicativo de la intención de los integrantes del OP-1995 de matar en vez de incapacitar por medio de la inmovilización física para detener, son las lesiones de algunas de las personas fallecidas en las regiones de sus extremidades anatómicas que causarían su caída e inmovilización, por lo que no habría necesidad de disparos letales o viceversa.²⁰ Sumando a eso la alta eficiencia letal del OP-1995, con un número promedio de IPAF por persona muerta relativamente pequeño de Ø 3,4 IPAF/p.m.,²¹ se llega a la conclusión *prima facie* de que los integrantes tenían la intención de matar a las personas fallecidas en el marco del OP-1995.

14. En este contexto resulta también de interés de que la mayoría de las lesiones causadas por IPAF son compatibles con aquellas producidas por revólveres y pistolas²² y no por armas de largo alcance. Además, lesiones distintas a las de IPAF, incluyendo lesiones causadas por instrumentos contundentes, son un indicio de que

¹⁹ *Ibid*, p. 13 e s.

²⁰ Pericia Dr. Chicarino, *cit. supra* n. 16, p. 05, 10.

²¹ Pericia MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 289., *cit. supra* n. 17, p. 02.

²² MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 289.

ocurrieron hechos intermedios antes de la muerte por IPAF,²³ lo que a su vez es indicativo del estado de inmovilización de la persona. Aun suponiendo que dichas lesiones fueron causadas por la caída de la persona lesionada, en vez de ser causadas por hechos intermedios antes de su muerte, esto sólo corroboraría la situación de su inmovilización. Con eso, no sólo se confirma aún más la posibilidad de haber podido contener la persona lesionada en vez de matarla, esto es, la viabilidad de poder haber evitado la muerte para alcanzar el objetivo declarado del OP-1995.²⁴ Es más, el tipo de sus lesiones indica que la persona ya estaba dominada cuando recibió los IPAF letales,²⁵ llevando a la conclusión *prima facie* de que los integrantes del OP-1995 ejecutaron extrajudicialmente algunas de las personas fallecidas en el marco de este operativo policial.²⁶

5. Carga de prueba

15. Ante este escenario de las características de los resultados letales del OP-1995, para establecer la carga de la prueba respecto a la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del OP-1995, es fundamental tener en cuenta la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de

²³ Pericia Dr. Chicarino, p. 08.

²⁴ *Ibid.*, p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 11.

²⁶ Coincidiendo, MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 29, comentando que “las víctimas Cosme Rosa Genoveva, Eduardo Pinto da Silva, Anderson Abrantes da Silva, Renato Inácio da Silva, Ciro Pereira Dutra, Wellington Silva, Fábio Ribeiro Castor y Alex Sandro Alves dos Reis, *aparentemente* (énfasis JMS) (fueron) ejecutadas.”

hacer cumplir la ley.²⁷ De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea absolutamente inevitable para proteger una vida y atendiendo a los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.²⁸ Aplicando este estándar a los hechos, a efectos de determinar la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del OP-1995, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte,²⁹ corresponde al Estado brasileño la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de los resultados letales del operativo policial y del comportamiento de sus fuerzas de seguridad en el operativo, incluyendo de sus superiores jerárquicos.

16. Además, procede indicar que la carga de prueba del Estado brasileño respecto a esta *questio facti* es aún mayor, teniendo en cuenta (a) el comportamiento de los integrantes del OP-1995 respecto al lugar de los hechos, (b) la calidad de las investigaciones de los hechos por parte de las autoridades brasileñas posteriores al operativo policial y (c) el contexto de prácticas policiales en Río de Janeiro en la época en la cual se desarrolló este operativo.

²⁷ Aunque en el caso concreto se trataba de la legitimidad del uso de fuerza *militar* que *no* es el caso del operativo policial bajo análisis ya que trata del uso de la fuerza de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, *cf.* la jurisprudencia citada por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante, "CORTE IDH"), Caso Cruz Sánchez y Otros Vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de abril de 2015, Serie C. n.º 292, párr. 257 y ss. Respecto al uso de fuerza militar en el caso, incluyendo el principio de distinción, de proporcionalidad y de precaución (*loc. cit.*, párr. 273 y ss); así como, ya anteriormente, particularmente respecto a la aplicación del principio de distinción en este caso, JAN-MICHAEL SIMON "¿Toma de Rehenes como Participación Directa en Hostilidades? A Propósito de la Sentencia "Chavín de Huántar (CSJ Perú) y de la Guía del Comité de la Cruz Roja", en Universidad Externado de Colombia (editor), *Memorias XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014a: <https://www.mpicc.de/de/organisation/wissenschaft/referat/laenderreferate/lateinamerika/publikationen.html> (último acceso 29.09.2016), p. 275-333, 280 y 297 y ss.

²⁸ *Cf.* CORTE IDH, Caso Cruz Sánchez y Otros Vs Perú, *cit. supra* n. 29, párr. 265.

²⁹ Respecto a la carga de prueba por la muerte de personas como resultado del uso de la fuerza de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en *situaciones de paz*, *cf.* CORTE IDH, Caso Montero Aranguren y Otros (Centro de detención de Catia) Vs Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del cinco (05) de julio de 2006, Serie C n.º 150, párr. 80.

a) Comportamiento respecto al lugar de los hechos

17. Primero, en cuanto al lugar de los hechos, procede indicar que los integrantes del OP-1995 retiraron los cuerpos de las trece (13) personas impactadas por PAF del lugar, arrastrándolos unos cincuenta (50) metros hasta una camioneta del servicio público de recogida de basura “Compañía Municipal de Limpieza Urbana” (“COMLURB”, por las letras iniciales de su nombre en portugués),³⁰ transportándolos al hospital estatal Getúlio Vargas.³¹ De acuerdo a la versión dada por los integrantes del OP-1995, se retiraron los cuerpos de las personas del lugar de los hechos para salvar sus vidas.³² Así, de acuerdo a la información en la prensa nacional, fue el oficial de la DRRFCEF a cargo del OP-1995, *M. A. R.*, quien decidió el retiro de los cuerpos de las personas impactadas por PAF del lugar de los hechos con el objetivo de transportarlos al Hospital Getulio Vargas para que “los médicos verifiquen si habría alguien vivo”.³³

18. Sin embargo, en los boletines de información médica del Hospital Getulio Vargas y en las guías del Instituto Médico Legal Afranio Peixoto, el cual realizó los análisis necroscópicos de los cuerpos de las trece (13) personas impactadas por PAF en el marco del OP-1995 después que fueron retirados del hospital,³⁴ así como en los registros policiales de retiradas de cadáver,³⁵ se deja constancia que los cuerpos ingresaron al hospital “ya muertos”. Igualmente, el director del Hospital Getulio

³⁰ “Polícia mata 14 em Nova Brasília”, en: “O Dia” del nueve (09) de mayo de 1995. Anexo 3.

³¹ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 19 e 105-123.

³² *Ibid.*

³³ “O Dia” del nueve (09) de mayo de 1995, *cit. supra* n. 30.

³⁴ *Cf.*: pericia Dr. Chicarino, *cit. supra* n. 16, p. 03.

³⁵ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 142-179.

Vargas declaró a la prensa que estas personas ya llegaron muertas al hospital.³⁶ Además, la pericia del Médico-Legal, Dr. Atenor Plácido Carvalho Chicarino, del veintiuno (21) de enero del año 2001, quien analizó las necropsias del Instituto Médico Legal Afranio Peixoto, concluye que, teniendo en cuenta el momento en que ocurrieron los hechos, el tipo de lesión sufrida en cada caso y el tiempo del ingreso de los cuerpos al hospital, en realidad todos ya estaban muertos y no habría ninguna expectativa de prestar socorro y preservar la vida.³⁷

19. Más bien, de acuerdo a la pericia del Dr. Chicarino, el retiro de los cuerpos de las personas fallecidas por los integrantes del OP-1995 indica que hubo una intención de destruir la idoneidad del lugar de los hechos y de impedir la realización de la pericia técnica,³⁸ lo que a su vez es otro indicio de que los integrantes del OP-1995 ejecutaron a algunas de las personas fallecidas en el marco de este operativo policial, al buscar encubrir este hecho, sustrayendo el *corpus delicti* del lugar de los hechos y así imposibilitar una pericia técnica adecuada.

b) Calidad de las investigaciones

20. En segundo lugar cabe indicar que estas diligencias se realizaron bajo la responsabilidad de la misma Comisaría que era la responsable por el OP-1995. Así, la investigación policial de los hechos del OP-1995 con el número de expediente 061/1995 estaba bajo la responsabilidad del Comisario de la DRRFCEF, Ricardo Gonçalves Martins (en adelante, “R. G. M.”).

³⁶ Jornal O Globo, “Clima fica tenso no Getúlio Vargas”, 09 de maio de 1995. (Anexo 4)

³⁷ Pericia Dr. Chicarino, *cit. supra* n. 16, p. 10.

³⁸ *Ibid.*



21. La *notitia criminis* fue presentada en el día de los hechos por medio de una carta del oficial de la DRRFCEF a cargo del OP-1995, *M. A. R.*, al Comisario titular de la DRRFCEF, *M. F. A.*, y registrada como “resistencia seguida de muerte”.³⁹ Además, el mismo día, dos (02) otros integrantes del OP-1995 registraron los hechos en un reporte policial, en el cual describieron los hechos como “tráfico de drogas, cuadrilla armada, con resistencia e evento muerte”.⁴⁰ Asimismo, dos (02) días después de los hechos, el director del DGPE, Comisario *R. L. A.*, fue informado sobre lo sucedido, sin que posteriormente se expresase sobre el fondo o la legalidad del OP-1995.⁴¹

22. El objetivo de la investigación del OP-1995 a cargo de la DRRFCEF no era indagar la veracidad de la *notitia criminis* ni identificar a las personas responsables por las conductas que originaron la muerte de las trece (13) personas en el marco del OP-1995. Esta falta de la intención de llevar a cabo diligencias de acuerdo a los estándares de procedimiento para este tipo de investigaciones, se manifiesta en la ausencia completa de adoptar medidas para asegurar, proteger, preservar y fijar el lugar de los hechos o la búsqueda y tratamiento de evidencias, incluyendo indicios de carácter no lofoscópico como impactos de bala/proyectil, manchas y restos orgánicos o rastros de sangre y su documentación fotográfica etc.⁴² Aún más, a pesar de que se habían identificadas las armas utilizadas por los integrantes del OP-

³⁹ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 20-21. MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 15-19.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 15-19. Por otra parte, es importante mencionar que dos (2) días después del evento, el director de DGPE, Rafik Louzada Aride, fue informado sobre el incidente, sin que se expresase posteriormente sobre el fondo o la legalidad de la OP-02.

⁴¹ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 42

⁴² *Cfr.* CORTE IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C n.º 205, párr. 301. Para los detalles del estándar aplicable, *cfr.* NATIONAL FORENSIC SCIENCE TECHNOLOGY CENTER. *Crime Scene Investigation. A Guide for Law Enforcement*, Largo-FL, septiembre 2013, p. 16 y ss, 42 y ss.

1995,⁴³ éstas no fueron sometidas a la pericia balística comparativa conforme a la práctica estándar para investigar este tipo de hechos.⁴⁴

23. Esta falta de intención de llevar a cabo una investigación idónea obedecía a los lineamientos del jefe jerárquico de la DRRFCEF. En este sentido, después de haber sido personalmente felicitado el día después del OP-1995 por el Secretario de Seguridad del Estado de Rio de Janeiro, *E. L. S.*, el Comisario titular de la DRRFCEF, *M. F. A.*, conforme información en la prensa nacional, declaró que “(N)o abrí la investigación para establecer si hubo ejecución. Se trata de una medida adoptada en conformidad con las leyes. El Poder Judicial tiene que tomar conocimiento de la actividad de la policía”.⁴⁵ En este contexto, información en la prensa nacional indica que *M. F. A.* no sólo tenía conocimiento de que los integrantes del OP-1995 de su Comisaría al menos habrían actuado fuera del límite de la necesidad y proporcionalidad del uso intencional de armas letales, sino que avalaba este comportamiento, al afirmar que “puede haber tenido excesos de violencia”⁴⁶ y que “en una operación como esta, no se puede exigir una conducta británica de los policiales”.⁴⁷ Además, información en la prensa nacional indica que la falta de intención de conducir una investigación idónea respondía a la voluntad política del más alto representante del Estado de Rio de Janeiro, Gobernador *M. N.*

⁴³ Ofício Diretor Instituto de Criminalística Carlos Éboli, 24/07/2013. MPRJ, Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 683.

⁴⁴ MPRJ, Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 1006, comentando que “(L)amentablemente y *extrañamente* (énfasis JMS), a pesar de que en la época de los hechos se habían identificado las armas utilizadas por la policía en la debida diligencia, de acuerdo a la información proporcionada, no fueron sometidos a la pericia balística, lo que sería esencial para delimitar la investigación”.

⁴⁵ O Dia. “General cumprimenta policiais”. 10 de maio de 1995. (Anexo 5)

⁴⁶ Folha de São Paulo. “Policia invade favela e mata 14 pessoas”. 09 de maio de 1995. (Anexo 6)

⁴⁷ *Ibid.*

A., quien habría enfatizado que no aceptaría la punición o crítica de los policiales que integraron el OP-1995 por las muertes causadas.⁴⁸

24. Las conclusiones de la investigación policial a cargo de la DRRFCEF fueron presentadas cuatro (04) meses y medio después de los hechos, a finales de septiembre de 1995. En su informe, el Comisario de la DRRFCEF responsable por la investigación, R. G. M., confirma que el objetivo del operativo policial era interceptar un cargamento de armas y detener personas y que, una vez iniciada este operativo, “marginales, con manifiesta audacia, comenzaron a disparar a las aeronaves con fusiles y ametralladoras. Allí comenzó un enfrentamiento de una proporción que sólo es comparable con las guerrillas (*sic*) que se ven en noticias internacionales.”⁴⁹ Según el informe de R. G. M., los integrantes del OP-1995 reaccionaron con el fin de proteger sus vidas y las de terceros.⁵⁰ Además, señala que después del enfrentamiento, trece (13) personas resultaron heridas y que se incautaron narcóticos y armas.⁵¹ También indica que “no (era) posible, debido a las circunstancias del combate, establecer de forma individual qué armas llevaban, aunque todo el mundo estaba haciendo uso de ellos.”⁵² El informe del Comisario concluye que otras diligencias no eran necesarias y remitió el caso al Ministerio Público para su “apreciación prudente.”⁵³

⁴⁸ Folha de São Paulo. “Governador não quer punição a policiaes”. 9 de mayo de 1995. MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001) pág. 271; cfr. también Jornal do Brasil. “Governador promete rigor contra bandidos”. de mayo de 1995. Anexo 7

⁴⁹ MPRJ. Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), p. 245-248.

⁵⁰ *Ibid*, p. 245.

⁵¹ *Ibid*, p. 245.

⁵² *Ibi*, p. 245.

⁵³ *Ibid*. p. 248.



25. Estas conclusiones de la investigación a cargo de la misma Comisaría que era la responsable por el OP-1995 son de un contenido tan genérico que resulta imposible establecer los hechos concretos que llevaron a los resultados letales del operativo policial. Esta vaguedad de las conclusiones es tanto el resultado del comportamiento de los integrantes de este operativo de imposibilitar una pericia técnica adecuada del *corpus delicti* en el *locus delicti*, como también es la consecuencia de la falta de intención del Comisario de la DRRFCEF a cargo de la investigación de los hechos tras el fin del OP-1995, de llevar a cabo las diligencias necesarias en el *locus delicti*, de acuerdo a los estándares de procedimiento para este tipo de investigaciones, incluyendo la prueba balística comparativa de las armas de fuego utilizadas por los integrantes del operativo. Por eso se descarta *prima facie* cualquier consideración que pueda desvirtuar la responsabilidad de los integrantes del OP-1995 por sus resultados letales y, en particular, por la ejecución extrajudicial de personas fallecidas en este operativo policial.

26. Otros cuatro (04) meses y medio después, a finales de enero del año 1996, el Ministerio Público convocó a algunos familiares de las personas fallecidas en el marco del OP-1995 para prestar declaraciones, las que se realizaron en el transcurso de los dos (02) meses subsiguientes.⁵⁴ Sin embargo, a partir de estas diligencias, muy poco se hizo para aclarar los hechos, abriendo y archivando las investigaciones del OP-1995 en el transcurso de quince (15) años dos (02) veces,⁵⁵ hasta que a finales de octubre del año 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

⁵⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante, "COMISIÓN IDH"), Informe n.º 141/11, Casos 11.566 y 11.694, Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y Otros (Favela Nova Brasília) Brasil, Informe de Fondo del treintauno (31) de octubre 2011, párr. 117.

⁵⁵ Cfr. *ibid.*, párr. 118 y ss.

(en adelante “CIDH”) declaró al Estado brasileño responsable internacionalmente por la muerte de las personas fallecidas en el marco del OP-1995, así como por la impunidad resultante de la falta de investigación de los hechos.⁵⁶

27. Independientemente de las falencias de los órganos del Estado brasileño a cargo de la investigación del OP-1995 en el transcurso de estos quince (15) años,⁵⁷ sobre todo en cuanto a la falta continúa de practicar las pruebas de balísticas comparativas de las armas utilizadas por los integrantes del OP-1995, omitidas en el marco de la investigación a cargo de la DRRFCEF, es evidente que una investigación criminal que tiene como objetivo establecer la responsabilidad individual por la muerte de personas causada por IPAF se ve seriamente perjudicada cuando no puede contar con los resultados de una pericia técnica adecuada del *corpus delicti* en el *locus delicti*, ni con los resultados de las diligencias necesarias y oportunas en el *locus delicti*. Por eso, la falta de resultados de la investigación del OP-1995 después de quince (15) años no es sólo una consecuencia de la ausencia de las pruebas balísticas comparativas de las armas utilizadas por los integrantes del OP-1995 y de otras diligencias necesarias que no se practicaron, sino del comportamiento de los integrantes del OP-1995 inmediatamente después del uso de la fuerza con armas de fuego respecto al *locus delicti*, así como de la falta de las diligencias necesarias y oportunas en el *locus delicti* que estaba a cargo de la misma Comisaría que era la responsable por el OP-1995.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 201.

⁵⁷ Ampliamente documentadas *ibid.*

28. Después de la decisión de la CIDH, el Fiscal General de Brasil decidió otra vez el desarchivo de las investigaciones del OP-1995.⁵⁸ Estas nuevas investigaciones estaban a cargo del Grupo de Acción Especial de Combate al Crimen Organizado (“GAECO”, por las letras iniciales de su nombre en portugués) del Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro. Según el análisis del GAECO, los análisis necroscópicos de nueve (09) de las trece (13) personas fallecidas en el marco del OP-1995 “... (a)puntan a que *hubo ejecuciones* (énfasis JMS) y, por lo tanto, conductas no cubiertas por la exclusión de la responsabilidad penal”⁵⁹ y concluye que “la materialidad de los 13 (trece) *homicidios* (énfasis JMS) quedó demostrada en los informes de la necropsia.”⁶⁰

29. En el transcurso de las investigaciones a cargo del GAECO se interrogaron todos los testigos citados en el informe policial del caso, residentes locales, funcionarios de la COMLURB, todos los parientes identificados de las personas fallecidas en el marco del OP-1995, así como los integrantes del operativo.⁶¹ Además, se practicaron las pruebas balísticas comparativas de las armas utilizadas por los integrantes del operativo policial, omitidas en las investigaciones anteriores.⁶²

30. A principios de mayo del año 2015 las investigaciones del OP-1995 a cargo del GAECO fueron archivadas por la tercera vez debido a que “después de casi veinte (20) años desde el inicio de las investigaciones, llevado a cabo numerosas diligencias para esclarecer los hechos, se llega a la conclusión que, a pesar de que la materialidad (de los hechos) *no sea controvertida, en cuanto a la autoría* (énfasis

⁵⁸ Procedimento Investigatório 901/00892/2013 (Processo nº 0142708-56.2009.8.19.0001), pág. 986.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1006, 1012

⁶⁰ *Ibid.*, p. 989.

⁶¹ *Ibid.*, 990.

⁶² *Ibid.*, p. 987.

JMS) no se logró encontrar indicios suficientes para formar la *opinio delicti*, lo que hace, por lo tanto, imposible el ejercicio de la acción penal.”⁶³ Particularmente, corresponde indicar que de las veintidós (22) armas de fuego reportadas como armas utilizadas en el OP-1995, en el marco de las nuevas diligencias solo dieciséis (16) fueron localizadas y sometidas a pruebas de balística comparativa,⁶⁴ de las cuales ninguna resultó positiva.⁶⁵ Además, se constata que la prueba testimonial “no reveló ninguna circunstancia para poder *individualizar la autoría* (énfasis JMS) de los disparos que resultaron en las muertes, ni siquiera algún elemento mínimo de cómo se dieron los disparos por parte de la policía, aparte de su contenido genérico que sólo indica *el contexto de los hechos* (énfasis JMS), es decir, el intercambio de disparos entre los traficantes y la policía.”⁶⁶

31. En resumen, la conclusión del GAECO de la materialidad de ejecuciones extrajudiciales de personas fallecidas en el marco del OP-1995 perpetradas por integrantes de este operativo policial no resultó en una acusación sino, por tercera vez en el transcurso de casi veinte (20) años desde que comenzaron las investigaciones, en el archivo de la investigación. El GAECO justifica esta decisión con el hecho de que ninguna de las armas de fuego sometidas –por la primera vez después de quince (15) años de investigación– a una prueba de balística comparativa con los proyectiles extraídos de los cuerpos de las personas fallecidas

⁶³ *Ibid.*, p. 989.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 1008. Cabe señalar que una de las armas no localizables a la hora del peritaje, un pistola Taurus del calibre nueve (9) milímetros con el número de serie 162910 posteriormente fue localizada (*loc. cit.*, p. 27) y vinculada a un integrante del OP-1995. Sin embargo, como esta persona había fallecido en el año 2011, el GAECO decidió no someterla a la prueba balística, ya que para “... determinar la autoría delictiva ... la confrontación balística de la última arma localizada y todavía no practicada, llegó a ser inútil, dado que el policial que la utilizó durante los hechos ya había fallecido” (*loc. cit.*, p. 28).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 1012.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1005.

en el marco del OP-1995, resultó positiva y de que ninguna prueba testimonial – después de casi veinte (20) años de los hechos– había indicado circunstancia alguna para individualizar la autoría. Esta justificación del GAECO pone aún más en evidencia el impacto que ha tenido la ausencia de las diligencias necesarias y oportunas, sobre todo respecto a la prueba balística comparativa de las armas utilizadas por los integrantes del operativo policial, perjudicando de esta forma seriamente la aclaración de los hechos. Por ello, la falta de un resultado positivo de la prueba balística comparativa y de la prueba testimonial para individualizar la autoría, a efectos de establecer el alcance de la obligación del Estado brasileño de una investigación criminal respecto a la cadena de mando del OP-1995, no desvirtúa la responsabilidad del Estado brasileño por los resultados letales del operativo policial, debido al comportamiento de sus fuerzas de seguridad y, por consiguiente, ni su obligación, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del operativo policial. Por el contrario, dadas las falencias de la investigación, en parte ocasionadas por el comportamiento de los integrantes del operativo respecto al lugar de los hechos, aumenta aún más la carga de prueba del Estado brasileño sobre su obligación de extender la investigación criminal a la cadena de mando del OP-1995.

c) Contexto de prácticas policiales y de la política institucional

32. Por último, con relación al contexto de prácticas policiales en el momento del OP-1995, corresponde indicar que, según información en la prensa nacional, el Secretario de Seguridad Pública, *E. L. S.*, había adoptado una nueva estrategia contra la criminalidad en el Estado de Rio de Janeiro que consistía en estrategias

militares, las cuales, según uno de sus asesores, se implementaron por primera vez el ocho (08) de mayo del año 1995 en el operativo policial.⁶⁷ A partir de este mes, en el cual asumió el sucesor de E. L. S., General (r.) Nilton Albuquerque Cerqueira (1930-), y durante un período que duró hasta febrero del año 1996, el promedio mensual de personas muertas en operativos policiales se elevó de Ø 3,2 a Ø 20,55 p.m./m.⁶⁸

33. Este escenario de alta letalidad de operativos policiales en la época en la cual se llevó a cabo el OP-1995 fue observado por la CIDH en su visita *in loco* al Brasil a finales del año 1995. En su informe⁶⁹ la CIDH resalta que “aunque la pauta normal en enfrentamientos armados es que haya una proporción mucho mayor de heridos que de muertos, en ese período en Río de Janeiro el número de civiles muertos por la policía ‘militar’⁷⁰ en enfrentamientos era más de tres (03) veces el número de civiles heridos. Esto demostraría un exceso en el uso de la fuerza e incluso una *pauta de ejecuciones extrajudiciales* (énfasis JMS) por la policía de Río de Janeiro.”⁷¹

⁶⁷ Folha de São Paulo. “Policia do Rio adota estratégia de guerra”. 10 de mayo de 1995. (Anexo 8)

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ COMISIÓN IDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.01, del veintinueve (29) de septiembre de 1997.

⁷⁰ No es propiamente una fuerza militar y depende directamente del Poder Ejecutivo de cada Estado, por lo que en el informe de la Comisión IDH, *cit. supra* n. 69, aparece entre “comillas”. Las policías estatales se dividen entre policía civil y policía “militar”. De acuerdo al Artículo 144 V, § 5-6 de la Constitución de Brasil del año 1988, la policía “militar” cumple tareas propias de las típicas policías civiles y depende directamente del Poder Ejecutivo (Gobernador y Secretario de Seguridad Pública respectivo en cada Estado). No es una fuerza interna del aparato militar nacional. Mantiene sin embargo el nombre de policía “militar” que le fue asignado al crearla durante el período de gobierno militar en 1977 (*loc. cit.*, Capítulo III, La violencia policial, la impunidad y el fuero privativo militar para la policía, párr. 05). Por ello, responde a la misma jerarquía política que la Policía Civil.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 22.

34. Estas observaciones de la CIDH encuentran su respaldo en una investigación empírica del año 1997 con datos de los años de 1993 a 1995.⁷² Esta investigación demuestra que de 1.340 casos registrados en el marco de operaciones de hacer cumplir la ley, sólo doscientos cuarenta y siete (247) personas fueron detenidas sin lesiones, trecientas sesenta (360) fueron detenidas heridas, mientras que setecientas treinta y tres (733) personas murieron durante las operaciones policiales.⁷³ Un análisis de los datos de las necropsias demuestra que el sesenta y cinco (65) por ciento de las personas fallecidas presentaron lesiones por IPAF en la espalda,⁷⁴ lo que indica que recibieron el IPAF cuando estaban huyendo o fueron ejecutadas de otra manera.⁷⁵ Este indicio se ve empíricamente aún más reforzado, si se toma en cuenta que treinta y seis (36) por ciento de las personas fallecidas presentaron lesiones por IPAF en el cuello y cuarenta (40) presentaron orificios de entrada de PAF con características de disparos a corta distancia o con la pistola en contacto directo con sus cuerpos.⁷⁶

35. En este contexto de alta letalidad de las prácticas policiales y a pesar de los indicios que en ellas existía una pauta de ejecuciones extrajudiciales, cabe señalar que existía una práctica de las autoridades encargadas de supervisar la policía en Rio de Janeiro en la época del OP-1995, de otorgar bonos y promociones para premiar a los policías que mataban a presuntos delincuentes, independientemente de las

⁷² IGNACIO CANO, *Letalidade da Ação Policial no Rio de Janeiro*, ISER, Rio de Janeiro, 1997.

⁷³ IGNACIO CANO, *Op. Cit.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 76.

⁷⁵ Cfr. también STEFFEN ZDUN, "Difficulties Measuring and Controlling Homicide in Rio de Janeiro", en *International Journal of Conflict and Violence* 2011, p. 188-199, 192.

⁷⁶ CANO (1997), *cit. supra* n. 72, p. 77.

circunstancias,⁷⁷ lo que a su vez apunta a una política de estas autoridades de estimular o tolerar tales prácticas policiales.

36. Otro aspecto que indica que existía una política institucional de estimular o tolerar las prácticas policiales descritas, es el patrón de su impunidad. Así, en casos de la muerte de una persona considerada “sospechoso criminal”, causada por la conducta de un integrante de la policía, se solía preparar la vía hacia la impunidad argumentando que la conducta del policía estaba justificada por legítima defensa o por el estricto cumplimiento del deber.⁷⁸ Esta justificación estándar, según un estudio llevado a cabo en la época del OP-1995 por un juez,⁷⁹ luego era completada por la decisión de llenar un “formulario de resistencia a la detención” (“*auto de resistência à prisão*”).⁸⁰ Este formulario fue diseñado para casos en que personas resistían a una orden de detención emitida conforme a la ley. Una vez llenado el formulario, quedaba descartada cualquier investigación de homicidio.⁸¹ El próximo paso hacia la impunidad lo constituía la investigación policial. Al igual que en los casos sin involucramiento de la policía, el caso con involucramiento policial era investigado por la propia policía. Una investigación de esta naturaleza buscaba cumplir con los requerimientos formales-legales, sin que hubiere una investigación real para corroborar la conducta policial y para identificar a la persona responsable por la conducta.⁸² Finalmente, si el Ministerio Público no archivaba la causa o

⁷⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *Brutalidade Policial Urbana no Brasil*, Nova York *et al.*, abril 1997, p. 36 y ss.

⁷⁸ *Cfr.* COMISIÓN IDH, Informe n.º 26/09. Caso 12.440, Wallace de Almeida (Brasil), Informe de Admisibilidad y Fondo del veinte (20) de marzo de 2009, párr. 47.

⁷⁹ SÉRGIO VERANI, *Assassinatos em Nome da Lei*, Adelarã, Rio de Janeiro, 1996.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁸¹ *Ibid.*, p. 33.

⁸² *Ibid.*, p. 33.

provocaba su sobreseimiento, de acuerdo a otra investigación de la época,⁸³ el último paso hacia la impunidad estaba a cargo del Poder Judicial, con muchos de sus integrantes demostrando favoritismo en relación a agentes de la policía.⁸⁴ En resumen, este *modus operandi* llevaba implícita la idea institucional de que los agentes de policía podían matar sin tener que enfrentar ninguna consecuencia negativa de su conducta.⁸⁵

37. Otro indicativo de la existencia de una política institucional de estimular o tolerar las prácticas policiales en la época son las declaraciones públicas del Gobernador *M. N. A.* respecto al OP-1995. Así, el Gobernador no sólo habría enfatizado inmediatamente después del operativo que no aceptaría la punición o crítica de los policiales por causa de las personas fallecidas en el marco del operativo.⁸⁶ Más bien, tres (03) días después de los hechos, habría deshumanizado a las personas fallecidas, declarando que los “bandidos violentos” “(S)on animales. No pueden entenderse de otra manera. Por lo tanto, la lucha no puede ser civilizada. Estas personas no tienen que ser tratados civilmente. Ellos tienen que ser tratados como animales (*sic*).”⁸⁷ Estas palabras del máximo representante político del Estado de Rio de Janeiro después del OP-1995 no pueden entenderse de otra manera que “vale todo”; *i.e.* en las palabras desafortunadas del representante por excelencia del idealismo alemán, *Johann Gottlieb Fichte* (1762-1814), los así caracterizados por el

⁸³ HUMAN RIGHTS WATCH (1997), *cit. supra* n. 77, Sérgio Verani (1996), *cit. supra*, pp. 127-135.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 28. Un reciente informe de la ONG Human Rights Watch examinó 64 casos, de los cuales sólo 8 llegaron al poder judicial, y ha habido sólo cuatro condenas, aunque hay evidencia creíble de ejecuciones extrajudiciales. HUMAN RIGHTS WATCH. *Os Bons Policiais Têm Medo*, Julio, 2016, p. 5.

⁸⁵ *Cfr.* también COMISIÓN IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo n.º 26/09, *cit. supra* n. 78, párr. 82.

⁸⁶ *Cfr. supra* párr. 8.

⁸⁷ Se trata de una declaración de *M. N. A.* en el programa “Jornal da Manchete” del once (11) de mayo de 1995 de la antigua compañía de televisión “Rede Manchete”, reproducida en: VERA MALAGUTI, *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro. Dois Tempos de uma História*, segunda edición, Revan, Rio de Janeiro, 2003, p. 113 y s.

Gobernador pueden ser tratados *ex ante* como un “pedazo de bestia. No se puede decir, yo tengo en relación con este animal el derecho de matarlo, pero tampoco, yo no tengo este derecho. En realidad no es una cuestión de Derecho, sino más bien de la capacidad física.”⁸⁸

6. Conclusión

38. En conclusión, establecido que en el marco del OP-1995 trece (13) personas fallecieron por IPAF y descartada *prima facie* la posibilidad de que las personas fallecidas hayan sido impactadas por PAF perdidas, disparadas por personas distintas a los integrantes del operativo policial,⁸⁹ sino que *prima facie* los integrantes de este operativo policial tenían la intención de matar a estas personas⁹⁰ y, asimismo, descartada *prima facie* la posibilidad de que todas las personas fallecidas hayan sido impactadas por PAF de los integrantes del operativo en función de legítima defensa contra un peligro inminente de su propia vida o de la vida terceros,⁹¹ sino que *prima facie* algunas de las personas fallecidas han sido ejecutadas extrajudicialmente por integrantes del OP-1995,⁹² los hechos y resultados letales de este operativo cumplen *prima facie*, como mínimo, los elementos del tipo penal de Homicidio Simple consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, del Código Penal brasileño (en adelante “CP-BRA”)⁹³ y constituyen suficientes puntos

⁸⁸ Aunque destinadas a una persona *condenada* judicialmente, *cfr.* JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*. Iena-Leipzig, 1796=Philosophische Bibliothek Band 256, Neudruck auf der Grundlage der zweiten von Fritz Medicus herausgegebenen Auflage von 1922, Felix Meiner, Hamburg, 1960, p. 272.

⁸⁹ *Cfr. supra* párr. 12.

⁹⁰ *Cfr. supra* párr. 13.

⁹¹ *Cfr. supra* párr. 11.

⁹² *Cfr. supra* párr. 14.

⁹³ Artículo 121 Homicidio simple. Matar a alguien. Pena de reclusión de seis (06) a veinte (20) años.

de apoyo fáctico para investigar la responsabilidad penal de los integrantes del OP-1995 por Homicidio, de acuerdo a la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil (en adelante, “STF-Brasil”, por las letras iniciales de su nombre en portugués) que exige certeza sobre la existencia de indicios de que haya ocurrido un ilícito para abrir una investigación criminal formal.⁹⁴

39. Además, por tratarse de un caso de homicidios perpetrado por integrantes de un operativo policial y, por lo tanto, desarrollado en el marco de una jerarquía institucional, en un contexto de alta letalidad de operativos policiales en la época, con indicios de una pauta de ejecuciones extrajudiciales en los operativos⁹⁵ y de una política institucional de estimular o tolerar estas prácticas policiales, debido a su aprobación y reconocimiento institucional,⁹⁶ impunidad sistemática⁹⁷ y hasta denegando la naturaleza humana de las personas fallecidas, sumada a la afirmación que “*tienen* (énfasis JMS) que ser tratados como animales” por las más altas autoridades políticas del Estado de Rio de Janeiro,⁹⁸ existen suficientes puntos de apoyo fáctico para extender la investigación de la responsabilidad penal por homicidio a las personas jerárquicamente responsables por los integrantes del OP-1995.

⁹⁴ Sentencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil (en adelante, “STF”) Habeas Corpus (en adelante, “HC”) 97.197, relator Celso de Mello, del dos (02) de octubre de 2009, en *Diário da Justiça Eletrônico* del ocho (08) de octubre de 2009.

⁹⁵ *Supra* párr. 32 y ss.

⁹⁶ *Supra* párr. 35.

⁹⁷ *Supra* párr. 36.

⁹⁸ *Supra* párr. 37.

III. Respuesta

40. Independientemente de que la apreciación de los hechos del OP-1995 podría llevar a la conclusión de que las autoridades del Estado brasileño deberían haber iniciado una instrucción exhaustiva, investigando, además del delito de Prevaricato de acuerdo al Artículo 319 CP-BRA (en adelante, “CP-BRA”),⁹⁹ eventualmente el delito de Incitación al Delito de acuerdo al Artículo 286 CP-BRA, la pregunta a responder sobre la base de los hechos establecidos *supra* (II.), a efectos de determinar la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del OP-1995, es el alcance de imputar la responsabilidad penal de los resultados letales del operativo policial por Homicidio Simple consumado (Artículo 121, *caput*, CP-BRA) a las personas responsables jerárquicamente por este operativo, teniendo en vista la escasez probatoria para procesar a los autores individuales, directamente responsables por los resultados letales del OP-1995. La siguiente base metodológica (1.) y conceptual (2.) constituyen el fundamento para la subsunción de los hechos (3.) y, así, para la respuesta a la pregunta de la presente pericia (4.).

1. Marco metodológico

41. El fundamento metodológico para responder a la pregunta de la pericia es un proyecto de Derecho Penal comparado del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (“MPP”, por las letras iniciales de las primeras tres palabras de su nombre en alemán), cuya metodología fue desarrollada por tres (03)

⁹⁹ El delito de “obstrucción de justicia” no existía en el CP-BRA en la época de los hechos.

integrantes del MPI, entre ellos el perito de la presente pericia.¹⁰⁰ El proyecto del MPI incluye más de cuarenta (40) órdenes jurídicas nacionales a nivel mundial y se basa en un dictamen que el MPI presentó al Fiscal Jefe del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de las Naciones Unidas (“ICTY”, por las letras iniciales de su nombre en inglés).¹⁰¹

42. El núcleo del proyecto del MPI radica en el problema dogmático, fundamental para la práctica de la imputación de responsabilidad penal, en qué medida pueden ser castigados quienes conducen un suceso delictivo en virtud de su rol de liderazgo jerárquico, tomando en cuenta las herramientas jurídico-penales que permitan imputarse a otros, elementos objetivos y subjetivos del hecho y de la autoría, correspondientes a aquellos que por sí mismos los realizaron. Para encontrar las soluciones de cada orden jurídico nacional a este problema fundamental en la práctica de la imputación de responsabilidad penal, el MPI recurrió a la metodología de comparación jurídico-penal basada en casos.¹⁰² Aplicando esta metodología, el

¹⁰⁰ ULRICH SIEBER, HANS-GEORG KOCH, JAN-MICHAEL SIMON, “Participation in crime: Criminal liability of leaders of criminal groups and networks – a comparative legal analysis”, en *Max Planck Society Yearbook*, MPG, Munich, 2006.

¹⁰¹ Citado en el voto disidente del Juez Schomburg en la Sentencia de la Sala de Apelaciones del ICTY, IT-95-9-A, del veintiocho (28) de noviembre 2006, p. 129 y s, párr. 12 (caso IT-95-9-A: Prosecutor Vs Blagoje Simić); luego citado en un litigio en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional (“ICTY”, por las letras iniciales de su nombre en inglés), concretamente, en la defensa del escrito en la fase preliminar de Germain Katanga sobre la interpretación del artículo 25(03) (a) del Estatuto de Roma, del treinta (30) de octubre de 2009, p. 10 y s, párr. 26 (caso n.º ICC-01/04-01/07-1578: Prosecutor Vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), así como en el escrito de la defensa de William Samoei tras la audiencia de confirmación de cargos del veinticuatro (24) de octubre de 2011, p. 23, párr. 88 (caso n.º ICC-01/09-01/11-355: Prosecutor Vs Ruto *et al.*); también citado en un litigio en el marco de la jurisdicción de Salas Especiales en los Tribunales de Camboya (“ECCC”, por las letras iniciales de su nombre en inglés), concretamente, en la presentación de la defensa como intervención o *Amicus Curiae* respecto a la aplicabilidad de la (doctrina de la “Empresa Criminal Común”) JCE (por las letras iniciales de su nombre en inglés) III (por el número de la categoría de JCE que varía de I-IV) del Estatuto de Roma en el caso n.º 003 del doce (12) de enero de 2015, p. 21 y s, párr. 40 y s (002/19-09-2007-ECCC/SC).

¹⁰² Para una apreciación en la región de América Latina de esta metodología de Derecho comparado del proyecto del Instituto Max Planck *cfr.* JAIME COUSO, “Intervención Delictiva y Organización. Necesidad y Complejidades de una Comparación Funcional entre el Derecho Chileno y el Derecho Internacional y Comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 01, p. 267-295, señalando respecto a la comparación

MPI desarrolló dos (02) casos genéricos, básicos para diferenciar entre la variedad de elementos del problema de imputación planteado y su respectiva solución. Estos dos (02) casos genéricos comprenden una estructura jerárquica de dos (02) y tres (03) niveles respectivamente, que planifica la realización del suceso delictivo y lo ejecuta, con un amplio espectro de variantes de cada caso y un total de quince (15) preguntas específicas.¹⁰³

43. Para los fines de la presente pericia, de este amplio espectro de variantes de los dos (02) casos genéricos se recoge a una (01) que corresponde a la pregunta número cinco (05) del primer caso.¹⁰⁴ Esta variante corresponde a la pregunta específica de la presente pericia, a efectos de determinar el alcance de la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del OP-1995, sobre el alcance de imputar la responsabilidad penal de los resultados letales del operativo policial a las personas responsables jerárquicamente por este operativo, tomando en cuenta la escasez probatoria para procesar a los autores individuales, directamente responsables por estos resultados. Además, dado que la presente pericia no busca analizar todo el espectro de los elementos del problema planteado en el proyecto del MPI, sino sólo el elemento relevante para la presente pericia, se ha reducido la

jurídico penal basada en casos que "(E)n efecto, al centrar el análisis en el tratamiento que cada ordenamiento jurídico daría a determinadas constelaciones fácticas, basadas en situaciones reales, que presentan de forma completa el problema que es objeto de la investigación, la metodología permite, a partir del juicio de especialistas conocedores de cada sistema jurídico a comparar, examinar de una forma mucho más realista el rendimiento de las diversas instituciones (de Parte General o Parte Especial, incluso, de reglas de determinación de la pena o instituciones procesales) con que cada ordenamiento cuenta" (*loc. cit.*, p. 285).

¹⁰³ Los grupos de casos y las preguntas específicas se encuentran desarrolladas en lengua portuguesa en ANA LUCIA SABADELL, "Brasil", en U. Sieber, H.-G. Koch, J.-M. Simon (editores), *Criminal Masterminds and their Minions. Täter hinter Tätern*, Duncker&Humblot, Berlín publicación prevista: 2016; Manuscrito del diciembre de 2011 en el Anexo I a la pericia), p. 48 y ss (respecto al primer grupo típico de casos) y p. 59 y ss (respecto al segundo grupo típico de casos).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 57.

complejidad del caso genérico a los aspectos esenciales para desarrollar con base en el proyecto del MPI la respuesta a la pregunta específica de la pericia.

44. Por consiguiente, el caso trata de $\beta 1$ y $\beta 2$ que dirigen un (01) grupo de policías y que desarrollan el plan de cometer con el grupo homicidios. $\beta 2$ es el superior jerárquico de $\beta 1$. Al grupo pertenecen $\alpha 1$, $\alpha 2$, $\alpha 3$, $\alpha 4$, (...). $\beta 1$ y $\beta 2$ tienen por su autoridad jerárquica una influencia dominante sobre el grupo que sigue sus órdenes y $\beta 1$ y $\beta 2$ hacen cometer al grupo los homicidios. La estructura es, en consecuencia, la siguiente:

$\beta 1$ $\beta 2$				
$\alpha 1$	$\alpha 2$	$\alpha 3$	$\alpha 4$	(...)

2. Marco conceptual

45. El fundamento conceptual para responder a la pregunta, a efectos de determinar la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del operativo policial, sobre el alcance de imputar la responsabilidad penal de sus resultados letales a las personas responsables jerárquicamente por este operativo, se encuentra en las reglas de participación criminal del Derecho Penal brasileño.
46. En primer lugar, es de notar que el Código Penal de Brasil (Artículo 29, *caput*, CP-BRA), así como los demás Códigos Penales de los ordenes jurídicos latinoamericanos¹⁰⁵ establecen en su Parte General, que cada participante sólo puede ser castigado según el injusto a él imputado y su culpabilidad. Por lo tanto,

¹⁰⁵ Esta afirmación se basa en los Códigos Penales de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Venezuela.

cuando son varios los que participan en el hecho, a cada uno le deben ser imputados su injusto y su culpabilidad, y surge la pregunta de si existen herramientas jurídico-penales que permitan imputar a otros, elementos objetivos y subjetivos de un hecho delictivo y de la autoría, correspondientes a aquellos que por sí mismos los realizaron.

47. El Código Penal de Brasil así como los textos de los Códigos Penales latinoamericanos carecen de una referencia expresa a un modelo diferenciado, que distingue entre hecho propio y participación en un hecho de otro, tal como sí lo hace el Artículo 26 del Código Penal Alemán. Allí se habla de “determinar a *otro* (énfasis JMS) para la comisión de *su* (énfasis JMS) hecho”¹⁰⁶ y no “(*d*)*el* (énfasis JMS) hecho”, como lo hacen, por ejemplo, los Códigos Penales de Costa Rica¹⁰⁷ y Perú.¹⁰⁸ Más bien, en algunos órdenes jurídicos latinoamericanos, tal como es el caso de Brasil¹⁰⁹ y también es el caso, por ejemplo, de Colombia¹¹⁰ o Venezuela,¹¹¹ se establecen bajo el término genérico “concurrencia” en un hecho¹¹² una serie de supuestos jurídico-penales de participación en un hecho de otro, de los cuales en la

¹⁰⁶ “Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu *dessen* (énfasis JMS) vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat” (Artículo 26 Strafgesetzbuch).

¹⁰⁷ “... los que presten al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización *del hecho* (énfasis JMS) punible” (Artículo 47 CP-CR).

¹⁰⁸ “El que, dolosamente, determina a otro a cometer *el hecho* (énfasis JMS) punible será reprimido con la pena que corresponde al autor” (Artículo 24 CP-PER).

¹⁰⁹ Título IV - Do Concurso de Pessoas:
Artigo 29. Regras comuns às penas privativas de liberdade. - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.
§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.
§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

¹¹⁰ “*Concurrer* (énfasis JMS) en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes” (Artículo 28 CP-COL).

¹¹¹ “Cuando varias personas *concurran* (énfasis JMS) a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado. En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho. (Artículo 83 CP-VEN).

¹¹² Por supuesto, esto no significa que la interpretación de los mencionados Códigos Penales lleva automáticamente al concepto Italiano del “*concorso di persone*” del Artículo 110 del *Codice Rocco* de 1930, en su comprensión dogmática del principio unitario de responsabilidad (*principio di pari responsabilità*).

academia y la jurisprudencia igual se habla,¹¹³ sin que el texto de la ley contenga una referencia expresa a ello. En particular, en Brasil, el CP-BRA no se ocupa a diferenciar entre autoría y participación, ni mucho menos de definir las categorías de “autor”, “cómplice” o “instigador”, sino sólo establece reglas para la determinación de la pena para los que concurren en un hecho delictivo.¹¹⁴

48. En la medida en que la academia y la jurisprudencia en cada país diferencian entre hecho propio y participación en un hecho de otro, se trata de un análisis dogmático de la sistemática del propio Derecho Penal, y no de una clara referencia en el texto de la ley a esta diferenciación. En la teoría del delito, esta diferenciación se ha desarrollado dogmáticamente por medio de tres (03) teorías de autoría fundamentales en el Derecho Penal: la teoría subjetiva de autoría, asociada al concepto extensivo o amplio de autor; la teoría formal-objetiva de autoría, relacionada en sus orígenes con el concepto restrictivo o estrecho de autor; y las teorías de autoría que se basan en el concepto del autor que domina el hecho. Todas estas teorías y sus conceptos correspondientes de autoría están presentes en la doctrina y la jurisprudencia en Brasil.¹¹⁵

49. En el concepto extensivo, autores de un delito serían aquellos que hubieran contribuido causalmente al resultado típico con *animus auctoris*, i.e. quieren el

¹¹³ Cfr., por ejemplo, JUAN LUIS MODOLLEL GONZÁLEZ, “Venezuela”, en U. Sieber, H.-G. Koch, J.-M. Simon (editores), *cit. supra* n. 103, p. 19 (Manuscrito del diciembre de 2011 en el Anexo I a la pericia), respecto a la definición del instigador en el CP-VEN que es, en materia de participación criminal, una copia idéntica del *Codice Zanardelli* de Italia de 1889 (*loc. cit.*, p. 04) y FERNANDO VELÁSQUEZ V., “Colombia”, en U. Sieber, H.-G. Koch, J.-M. Simon (editores), *loc. cit.*, p. 25 (Manuscrito del diciembre de 2011 en el Anexo I a la pericia), refiriéndose al concepto del partícipe en el CP-COL, de notable influencia del Derecho penal alemán (*loc. cit.*, p. 14 y ss).

¹¹⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, décima edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 594 y s.

¹¹⁵ Cfr. JUAREZ TAVARES, “Brasil-Comentarios”, en U. Sieber, H.-G. Koch, J.-M. Simon (editores), *cit. supra* n. 103, p. 5 y ss, 21 y ss (Manuscrito del diciembre de 2011 en el Anexo I a la pericia).

hecho como propio (“teoría subjetiva de autoría”),¹¹⁶ con lo cual todo causante es autor, lo que, a su vez, hace con que la participación sería sólo una forma de atenuación de la pena y, en caso de no atenuación, genera la tesis del autor único.¹¹⁷ Entre varios países en América Latina, este concepto también tuvo en las primeras décadas del siglo pasado sus consecuencias en Brasil.¹¹⁸ También, la teoría formal-objetiva de autoría tuvo sus seguidores en Brasil.¹¹⁹ Según esta teoría, delimitadora de la teoría subjetiva de autoría, era autor el que realizaba personalmente la acción descrita por el tipo penal, lo que tenía el claro inconveniente de excluir del círculo de autores a quienes evidentemente lo eran, particularmente a quienes conducen un suceso delictivo en virtud de su rol de liderazgo jerárquico sin ejecutar con la propia mano la acción típica.¹²⁰ Finalmente, junto con otra teoría delimitadora de la teoría subjetiva de autoría, llamada “material-objetiva”, que también tuvo sus seguidores en Brasil¹²¹ y trataba de solventar las lagunas de la teoría formal-objetiva de autoría, buscando fundamentar la autoría por medio de una diferencia cuantitativa entre el aporte del autor y del partícipe en el plano de la causalidad, más allá de la hipótesis de la equivalencia de condiciones causales,¹²² se constituyó la moderna distinción conceptual entre autoría y participación¹²³ que fue recogida por la doctrina y jurisprudencia brasileña.¹²⁴

¹¹⁶ Cfr. RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO SLOKAR, ALEJANDRO ALAGIA, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, segunda edición, p. 771 y ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 771.

¹¹⁸ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 5, 22.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁰ ZAFFARONI ET AL., *cit. supra* n. 116, p. 773.

¹²¹ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 23.

¹²² ZAFFARONI ET AL., *cit. supra* n. 116, p. 773.

¹²³ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 23.

¹²⁴ SABADELL, *cit. supra* n. 103, p. 8.

a) Concepto del dominio del hecho

50. Con este trasfondo, pasadas varias décadas de desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Brasil y después de haber aprobado un nuevo CP-BRA en el año 1940 (para diferenciar, en adelante “CP-BRA/1940”),¹²⁵ a partir de la entrada en vigor de las reformas del año 1984 al texto de la Parte General del CP-BRA (para diferenciar, en adelante “CP-BRA/1984”), el análisis conjunto de los Artículos 13¹²⁶ y 29, *caput*,¹²⁷ CP-BRA/1984 comparado con el Artículo 25 CP-BRA/1940,¹²⁸ se puede llegar a la conclusión –sin perjuicio de que este último y el Artículo 29 CP-BRA/1984 sólo establecen reglas para la determinación de la pena¹²⁹–, que a partir de la reforma del año 1984 se amplía el margen para que la doctrina y la jurisprudencia brasileña pudiera desarrollar nuevos conceptos diferenciadores entre autores y partícipes.¹³⁰ Como resultado de este desarrollo en la doctrina y

¹²⁵ *Cfr. id.*, p. 4 y s.

¹²⁶ Artigo 13. Relação de causalidade. - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º. Superveniência de causa independente. - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º. Relevância da omissão. - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹²⁷ *Cit. supra* n. 109.

¹²⁸ Título IV - Da Co-autoria:
Artigo 25. Pena da co-autoria. - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

¹²⁹ *Cfr. supra* n. 114.

¹³⁰ TAVARES, *cit. supra* n. 118, p. 11 y s concluye que el nuevo texto de 1984 de la Parte General del CP-BRA adopta un concepto restrictivo de autor. Sin embargo, *cfr.* LUIS GRECO, Y ALAOR LEITE, “O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato. Sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal”, en Luis Greco *et al.*, *Autoria como Domínio do Fato. Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro*, Marcial Pons, São Paulo 2014, p. 19-45, que mantienen que, desde la perspectiva teórica, respecto “a la contingencia legislativa del Artículo 29 CP-BRA/1984, en este aspecto poco distinguiéndose del Artículo 25 del CP-BRA/1940, (se puede) indicar y hasta inclinarse a un modelo extensivo unitario de autor, que no distingue, en el plano del injusto, entre autores y partícipes, pero que declara autor todo aquel quien,

jurisprudencia brasileña se llegó a adoptar las teorías de autoría que se basan en el concepto del autor que domina el hecho.¹³¹

51. De forma resumida, si bien existen diversos representantes y diversas formas de concepción del dominio del hecho, se puede afirmar sobre este concepto que, por lo general, el dominio del hecho como planteamiento doctrinario para la delimitación del concepto de autor tiene una relevancia garantista fundamental: no puede haber autor sin dominio del hecho, pues el “hechor” no puede ser separado de su “hecho” y por ende, para que sea autor, debe mantener un “dominio del hecho”,¹³² *i.e.* autor es quien tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho.¹³³ Por dicha razón, el juicio que puede hacerse de la autoría es evidentemente un juicio analítico y no sintético, en el cual la dominabilidad es esencialmente una herramienta para determinar dicho dominio,¹³⁴ *i.e.* se requiere siempre una valoración que debe tomar en cuenta cada tipo y cada forma concreta de materializar una conducta que realice los elementos definidos en el Código Penal como delito y que no puede tener su fundamento en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que debe abarcar ambos aspectos, requiriendo un resultado concreto respecto al caso dado.¹³⁵

de cualquier forma, concurre al delito” (*loc. cit.*, p. 20) y, de hecho, sostienen que “el concepto extensivo de autor (es) el (que) fundamenta el Artículo 29, *caput*, CP-BRA/1984” (*loc. cit.*, p. 41), sin embargo, sin descartar *de lege lata* un sistema de participación criminal que distingue entre autoría y participación (*id.*, “A ‘Recepção’ das Teorias do Domínio do Fato e do Domínio da Organização no Direito Penal Econômico Brasileiro”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, p. 386-393, 389).

¹³¹ SABADELL, *cit. supra* n. 103, p. 14, en particular, ZAFFARONI/PIERANGELI, *cit. supra* n. 114, p. 597 y ss.

¹³² ZAFFARONI *ET AL.*, *cit. supra* n. 116, p. 507 y s, y quien se inclina por la teoría final de la acción y su concepto de dominio final del hecho del autor (*loc. cit.*, p. 776 y s).

¹³³ ZAFFARONI/PIERANGELI, *cit. supra* n. 114, p. 597.

¹³⁴ ZAFFARONI *ET AL.*, *cit. supra* n. 116, p. 507 y s.

¹³⁵ ZAFFARONI/PIERANGELI, *cit. supra* n. 114, p. 597.

52. Con eso, a partir de la entrada en vigor de las reformas del año 1984 a la Parte General del CP-BRA, Brasil pasa a compartir, en lo general, lo que es hoy el concepto jurídico-penal dominante en la jurisprudencia latinoamericana¹³⁶ así como en la jurisprudencia penal internacional¹³⁷ para diferenciar entre autoría y

¹³⁶ Chile: Sentencia del ministro Sergio Muñoz Gajardo, Rol n.º 1643-1982, del cinco (05) de agosto de 2002; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 11.821-2003, del cinco (05) de enero de 2004; Sentencia del ministro Hugo Dolmetsch, Rol n.º 39.122, del veintiséis (26) de julio de 2006; Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol n.º 3744-07, del veintiún (21) de septiembre de 2007. Colombia: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del veintiséis (26) de octubre de 2000, radicado n.º 15610; del veintiún (21) de abril de 2004, radicado n.º 18656; del nueve (09) de marzo de 2006, radicado n.º 22327; del veintitrés (23) de febrero 2010, radicado n.º 32805; del dieciocho (18) de marzo de 2010, radicado n.º 27032. Costa Rica: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera (Penal): Resolución 2000-1427, del quince (15) de diciembre de 2002 (10:15 horas); Resolución 2003-00776, del nueve (09) de septiembre del 2003 (15:25 horas); Resolución 2004-00569, del veintiún (21) de mayo de 2004 (11:35 Horas); Resolución 2005-01135, del 30 de septiembre de 2005 (10:05 horas). El Salvador: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, sobre todo n.º 31-cas-2009, del once (11) de octubre de 2010 (08:42 horas); n.º K13-02, del dieciocho (18) de octubre de 2002 (11:00 horas); n.º C320-02, del 23 de enero de 2004 (15:30 horas); n.º 300-cas-2004, del cinco (05) de julio de 2005 (09:45 horas). Guatemala: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, sobre todo la n.º 837-2012, del quince (15) de mayo de 2012, así como n.º 984-2012 y n.º 540-2011, ambas del primero (01) de junio 2012; también: n.º 147-2001, del siete (07) de enero de 2002; n.º 572-2010, del tres (03) de mayo de 2011; n.º 662-2009, del once (11) de abril de 2012. Honduras: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Honduras n.º cp-09-2008, del dieciséis (16) de noviembre de 2009; n.º 400-2008, del once (11) de abril de 2011. Perú: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal: expediente 3900-97, del veinte (20) de noviembre de 1997; Sala Penal: expediente 5049-99, del dieciséis (16) de marzo de 2000; Sala Penal Nacional: expediente acumulado 560-03, del 13 de octubre de 2006; Segunda Sala Penal Transitoria: RN 5385-06, del catorce (14) de diciembre de 2007; Sala Penal Especial: expediente 10-2001, del siete (07) de abril de 2009; expediente 28-2001, del uno (01) de octubre de 2010. Venezuela: sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala de Casación Penal: n.º 151-2003, del veinticuatro (24) de abril de 2003 (expediente C03-0048), n.º 218-2007, del diez (10) de mayo de 2007 (expediente C06-0538). Coincidiendo, además, en Alemania, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán ("BGH", por las letras iniciales de su nombre en alemán), en particular, BGHSt 48, p. 77, 90; *cfr.* respecto a la posición del BGH, el análisis de CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000 (traducción de la séptima edición alemana de 1999 por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), p. 111 y ss, así como su crítica en *id.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C. H. Beck, Munich, 2003, p. 13 y s.

¹³⁷ Respecto al desarrollo de esta jurisprudencia desde el inicio, *cfr.* la decisión de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares I del ICC, n.º ICC-01/04-01/06, del veintinueve (29) de enero de 2007, p. 113, párr. 330, especialmente párr. 340 (caso ICC-01/04-01/06: Prosecutor Vs Thomas Lubanga Dyilo), así como la decisión de confirmación de cargos por la misma sala en Prosecutor Vs Germain Katanga and Mathieu Ngujolo Chui, *cit. supra* n.º 138, p. 162 y ss, párr. 484 y ss, así como la decisión de confirmación de cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares II, n.º ICC-01/05-01/08-424, del quince (15) de junio de 2009, p. 116 y s, párr. 347 y s (caso ICC-01/05 -01/08: Prosecutor Vs Jean-Pierre Bemba Gombo); *cfr.* asimismo la primera sentencia del ICC, con base en el Artículo 74 del Estatuto, de la Sala de Primera Instancia I, n.º ICC-01/04-01/06-2842, del catorce (14) de marzo de 2012, p. 433, párr. 1005 (caso ICC-01/04-01/06: Prosecutor Vs Thomas Lubanga Dyilo). *Cfr.* también las referencias y la opinión crítica en contra de esta posición del voto concurrente de la magistrada Christine Van den Wyngaert en la Sentencia con base en el Artículo 74 del Estatuto, de la Sala de Primera Instancia II, n.º ICC-01/04-02/12-4, del dieciocho (18) de diciembre de 2012, p. 5, nota de pie n.º 6, p. 5 y ss (caso ICC-01/04-02/12: Prosecutor Vs Mathieu

participación. Asimismo, este concepto es ampliamente reconocido por la doctrina en la región de América Latina.¹³⁸

53. Este desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia brasileña pasó a ser influenciado inicialmente, sobre todo, por la teoría final de la acción y su concepto de dominio final del hecho.¹³⁹ Este concepto de la autoría penal hace parte, sin lugar a duda,¹⁴⁰ de la teoría final de acción desarrollada por *Hans Welzel* desde el año 1939,¹⁴¹ que dio origen a la estructura del delito, dominante en la teoría del delito de origen alemana en la actualidad,¹⁴² la cual ha sido la principal nutriente de la construcción sistemática del Derecho penal latinoamericano.¹⁴³ Según el concepto finalista del

Ngudjolo Chui). Según la opinión de HÉCTOR OLÁSULO, “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal internacional”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, p. 13, también se puede detectar –a pesar de la posición tajante contraria a la solución del dominio del hecho funcional, buscada por la Sala de Apelaciones del ICTY en la Sentencia IT-97-24-A, del veintidós (22) de marzo de 2006, p. 24, párr. 62 (caso IT-97-24 “Prijetor”: Prosecutor Vs Stakić) –desde la sentencia proferida un año más tarde en el *leading case* de la Sala de Apelaciones del mismo Tribunal en la Sentencia IT-99-36-A, del 3 de abril de 2007, p. 131 y s, párr. 410 y ss (caso IT-99-36 “Krajina”: Prosecutor Vs Brdanin, (caso que motivó el dictamen de SIEBER/KOCH/SIMON, *cit. supra* n. 100), que la figura de imputación de la JCE “(...) se sustenta de manera muy importante sobre la teoría del dominio del hecho”.

¹³⁸ *Cfr.* las referencias a la doctrina latinoamericana en la decisión de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares I del ICC, n.º ICC-01/04-01/07-717, del treinta (30) de septiembre de 2008 (caso ICC-01/04-01/07: Prosecutor Vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), p. 163, párr. 484, nota de pie n.º 647; *cfr.* también las referencias en ZAFFARONI *ET AL.*, *cit. supra* n. 116, p. 774 y ss. Coincidiendo, además, respecto a la doctrina mayoritaria alemana –por más que el concepto del dominio del hecho haya sido criticada no solo ocasionalmente–, entre otros, GÜNTHER HEINE, “Vorbem. §§ 25 ff”, en A. Schönke y H. Schröder (editores), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C. H. Beck, Munich, 2010, vigésima octava edición, n.º margen 62 (= Sch/Sch-Heine, StGB, achtundzwanzigste Auflage, Vorbem. §§ 25 ff, rz. 62); URS KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2010, cuarta edición, § 38, n.º margen 37; CHRISTIAN KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, Munich, 2012, séptima edición, § 20, n.º margen 25, con múltiples referencias.

¹³⁹ *Cfr.* JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2002, quien señala que el “modelo finalista ... influenció directamente la nueva Parte General del Código Penal Brasileño de 1984” (*loc. cit.*, p. 9), así como SABADELL, *cit. supra* n. 103, p. 7 y s.

¹⁴⁰ Sin embargo, *cfr.* ULRICH STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre*, Duncker&Humblot, Berlín, 1988, p. 188 y ss.

¹⁴¹ HANS WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 58, 1939, pp. 491-566.

¹⁴² BERND SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en B. Schünemann y J. M. Silva Sánchez (coordinadores), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 54.

¹⁴³ RAUL ZAFFARONI, “La Ciencia Penal Alemana y las Exigencias Político-Criminales de América Latina”, en H.-J. Albrecht, U. Sieber, J.-M. Simon, F. Schwarz (editores), *Criminalidad, Evolución del Derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la Actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2009, p. 3-13, 3.

dominio del hecho, autor es quien ha tenido el dominio del hecho o el codominio del suceso, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción. Es, por tanto, el “señor del hecho”, aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva, dirigiéndolo en forma planificada.¹⁴⁴ En los delitos dolosos,¹⁴⁵ es señor del hecho aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; tanto los instigadores como los cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. La coautoría, por su parte, se entiende como la ejecución distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar asumida conjuntamente por todos. De ahí que coautor sea aquel que comparta la resolución del hecho.¹⁴⁶ Sin embargo, *Welzel* establece un límite para su concepto al no aceptar que el sujeto de atrás pueda llegar a ser considerado como autor. Según él, “(l)a autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un instigador, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”¹⁴⁷.

54. Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia brasileña pasaron a ser influenciados por la teoría funcional de la acción y su concepto del dominio del hecho.¹⁴⁸ Este

¹⁴⁴ HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970 (traducción de la 11ª ed. alemana de 1969), p. 120. En síntesis, existe autoría cuando se dan las siguientes condiciones: 1. dominio final del hecho, 2. requisitos objetivos del autor, 3. requisitos subjetivos, 4. requisitos de los delitos de propia mano.

¹⁴⁵ En materia de delitos imprudentes, al existir la teoría de las equivalencias de las condiciones, todas las causas son iguales, luego rige un concepto extensivo de autor.

¹⁴⁶ WELZEL, *supra* n.º 141, p. 539 y ss.

¹⁴⁷ HANS WELZEL “Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, n.º 2, 1947, columnas 645-650.

¹⁴⁸ Sobre el desarrollo del total de cuatro (04) concepciones del dominio del hecho, *cfr.* JAN-MICHAEL SIMON, “El Dominio del Hecho Macrocriminal. Fundamentos”, en Universidad Externado de Colombia (editor), *Memorias XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz: Derecho Penal y Justicia Transicional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014b: <https://www.mpicc.de/de/organisation/wissenschaft/referat/laenderreferate/lateinamerika/publikationen.html>

último es hoy, principalmente por la influencia de la obra de *Claus Roxin*, en la opinión de unos,¹⁴⁹ expresada ya antes de la decisión de la Sentencia del STF-Brasil del dieciocho (18) de abril del año 2012 en el caso “*Mensalão*”,¹⁵⁰ bien recibido por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales superiores brasileños. Sin embargo, en la opinión de otros,¹⁵¹ también expresada antes de la sentencia del STF-Brasil en el caso “*Mensalão*”, prácticamente todos los doctrinarios y los juzgados brasileños adoptan el concepto del dominio del hecho con una “formulación simples”, según la cual es autor quien tiene el control final del hecho, *i.e.* adoptan la versión de la teoría final de la acción. Por su parte, otros,¹⁵² probablemente a raíz de la sentencia del STF-Brasil en el caso “*Mensalão*”,¹⁵³ afirman que la teoría de *Roxin* “apenas hace poco mereció mayor atención de los penalistas y tribunales brasileños.” De hecho, una revisión de la doctrina brasileña indica¹⁵⁴ que al afirmar de seguir la “teoría del dominio del

(último acceso: 29/09/2016), p. 177-273, 211 y ss.

¹⁴⁹ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 11 y s, citando sentencias del Superior Tribunal de Justiça del Brasil (en adelante: “STJ”): Recurso Especial (en adelante, “REsp”) 1068452/PR, relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, del dos (02) de junio de 2009, en *Diário da Justiça Eletrônico* del veintinueve (29) de junio de 2009; STJ, HC 30503/SP, relator Paulo Medina, Sexta Turma, del dieciocho (18) de octubre de 2005, en *Diário da Justiça* del doce (12) de diciembre de 2005, p. 424; STJ, HC 39732/RJ, relatora Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, del veintiséis (26) de junio de 2007, en *Diário da Justiça* del tres (03) de septiembre del 2007, p. 225; STJ, REsp 1.043.415/PR, del 18 de agosto de 2008; STJ, HC 73.193/PE, del veintitrés (23) de abril de 2008; Sentencia del STF Inquérito (en adelante, “Inq.”) 2.245, relator Joaquim Barbosa, del veintiocho (28) de agosto de 2007, en *Diário da Justiça Eletrônico* del nueve (09) de noviembre de 2007.

¹⁵⁰ STF Ação Penal (en adelante, “AP”) 470/MG, relator Joaquim Barbosa, del diecisiete (17) de diciembre de 2012, en *Diário da Justiça Eletrônico* del diecinueve (19) de abril de 2013. Que recoge – si bien, de acuerdo a expertos Brasileños, no conceptualmente, sino retóricamente – al concepto de *Roxin* (*cf.* la crítica de GRECO/LEITE, 2015, *cit. supra* n. 130, *passim*). La sentencia cuenta con 8.405 páginas y puede ser consultada en ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf (29/09/2016).

¹⁵¹ SABADELL, *cit. supra* n. 103, p. 14,

¹⁵² GRECO/LEITE, 2014, *cit. supra* n. 130, p. 20.

¹⁵³ *Id.*, 2015, *cit. supra* n. 130, *passim*.

¹⁵⁴ *Cf.* la revisión de la doctrina Brasílenia por PABLO BOMBARDELLI, *Domínio do fato em Welzel e em Roxin. Critérios de conceito restritivo de autoria*, UFRGS, Porto Alegre, 2014: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/111796/000951838.pdf?sequence=1> (último acceso: 29/09/2016), p. 53 y ss.

hecho”, la gran mayoría de la doctrina brasileña mezcla las posiciones conceptuales de *Welzel* con las de *Roxin* y de otros,¹⁵⁵ en vez de asumir una de las posiciones.

55. El concepto del dominio funcional del hecho concibe al autor como figura central, la clave del suceso de la acción.¹⁵⁶ Para sustentar una afirmación de esta naturaleza, se recurre no sólo a una valoración normativa, sino también a la *realidad fenomenológica* que ha originado el suceso.¹⁵⁷ El autor, coautor y autor mediato están en el centro del hecho, del acontecimiento, mientras que el instigador y el cómplice se encuentran al margen.¹⁵⁸ Resumidamente, se puede afirmar que en el marco del concepto del dominio funcional del hecho,¹⁵⁹ en los delitos de dominio,¹⁶⁰ el sujeto podrá ser considerado como autor no sólo en los casos en los

¹⁵⁵ Para la posición de *Maurach* y de *Jescheck/Weigend* cfr. SIMON, 2014b, *cit. supra* n. 148, p. 212 y ss.

¹⁵⁶ ROXIN, 2000, *cit. supra* n. 136, p. 130. Para una crítica fundamental de índole filosófica-ideológica cfr. ZAFFARONI ET AL., *cit. supra* n. 116, quien identifica en este planteamiento central de Roxin una “tendencia idealista” (*loc. cit.*, p. 774) y lo critica, además, por su consecuencia dogmática que necesita recurrir a un concepto de autoría distinto y, por ello, autónomo, para los delitos de deber, lo cual tiene antecedentes ideológicos en los 1930s de Alemania (*loc. cit.*, p. 775), en particular, en el Derecho penal nacionalsocialista, tal como es el caso de FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Verbrechen als Pflichtverletzung*, Junker Duennhaupt, Berlin, 1935, *passim*.

¹⁵⁷ CLAUS ROXIN, “Bemerkungen zum ‘Täter hinter dem Täter’”, en G. Warda (editor), *Festschrift für Richard Lange zum 70 Geburtstag*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1976, p. 185.

¹⁵⁸ La idea del autor como figura central se basa en un concepto metodológico de ROXIN, 2000, *cit. supra* n. 136. De acuerdo con dicho concepto, la idea del dominio del hecho conceptualmente no debe ser entendida como indeterminada (*loc. cit.*, p. 130-141), ni tampoco fija (*loc. cit.*, p. 141-145), sino “abierto” (*loc. cit.*, p. 145-149), en el sentido que no va a ser posible una “indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles” y que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido (*loc. cit.*, p. 147), sino que se desarrolla en una “dialéctica del concepto de autor” (*loc. cit.*, p. 571 y ss), basado en un método que conserva tanto el pensamiento problemático como el sistemático (*loc. cit.*, p. 579 y ss). Teniendo en cuenta lo anterior y con base en la idea de *id.*, *cit. supra* n.º 157, p. 185 de una “autoría de grados” (“gestufte Täterschaft”), cfr. el desarrollo subsiguiente de “grados de dominio del hecho” (“Täterschaftsstufen”) en un marco metodológico de la construcción de “conceptos típicos” (“Typusbegriffe”) de autor (“conceptos del autor” = “Täterbegriffe”), del discípulo de Roxin, BERND SCHÜNEMANN, § 25, en H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan y K. Tiedemann (editores), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, tomo 1 (§§ 1- 31), De Gruyter Recht, Berlín, 2006, n.º margen 65 y ss (*cit.* en alemán: LK-Schünemann, StGB, zwölfte Auflage, § 25, rz. 65 ff).

¹⁵⁹ ROXIN, 2000, *cit. supra* n. 136, p. 149, cuyos fundamentos desarrolla en los capítulos quinto (*loc. cit.*, pp. 151-164: “dominio de acción”), sexto (*loc. cit.*, pp. 165-304: “dominio de la voluntad”) y séptimo (*loc. cit.*, pp. 305-336: “dominio del hecho funcional”), presentando la síntesis de los resultados en el párrafo 40 del capítulo undécimo (*loc. cit.*, p. 569 y s).

¹⁶⁰ Cfr. para el alcance del concepto el capítulo noveno, *ibid.*, p. 335 y ss; cfr. ZAFFARONI ET AL., *cit. supra* n. 116, p. 774 y s, quien constata, con razón, un apartamiento del concepto inicial de dominio del hecho, así

que realiza el tipo penal por propia mano (“dominio de acción”), sino también en los eventos en los que, sin intervenir personalmente en la ejecución del hecho, ejerce el poder de determinación de la voluntad de acción del otro (“dominio de la voluntad”), lo que corresponde a la autoría mediata.¹⁶¹ Así mismo, son coautores los que como figuras centrales del suceso de la acción dirigen el hecho,¹⁶² dependiendo cada uno del otro. Se trata de un dominio condicionado al actuar del plan global (“dominio del hecho funcional”).¹⁶³

56. De acuerdo con este concepto del autor que domina funcionalmente el hecho, la idea del dominio del hecho es un principio rector normativo que se acuña en diferentes manifestaciones y *que no se puede desprender de la base fáctica*.¹⁶⁴ Se trata, por lo tanto, de un concepto que se basa en la *apreciación del poder real del sujeto de atrás* sobre la realización del tipo penal, *en casos concretos y precisables*, a pesar de concurrir un hecho doloso responsable.¹⁶⁵ Con base en este concepto, el dominio funcional del hecho del autor se manifiesta en el sentido concreto de la realización del hecho descrito por el tipo penal, que contrario al concepto finalista,¹⁶⁶ no se pierde en el evento de un error vencible¹⁶⁷ o de un error sobre el sentido concreto de la acción, es decir, respecto a elementos del injusto y de la culpabilidad

como la crítica fundamental ya referida *supra* n. 156.

¹⁶¹ ROXIN, 2000, *cit. supra* n. 136, p. 569.

¹⁶² *Ibid.*, p. 310.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Id.*, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006a, p. 295.

¹⁶⁵ *Id.*, 2000, *cit. supra* n. 136, p. 712.

¹⁶⁶ *Cfr.* SIMON, 2014b, *cit. supra* n. 148, p. 217, sobre la base de *loc. cit.*, p. 211 y s. Vale la pena señalar que lo mismo aplica al concepto objetivo-subjetivo del dominio final del hecho, desarrollado por *Jescheck (loc. cit.*, 214 y ss).

¹⁶⁷ ROXIN, 1976, *cit. supra* n. 157, p. 178 y ss.

cuantificables,¹⁶⁸ elementos de calificación del hecho¹⁶⁹ o al tratarse de un *error in persona*,¹⁷⁰ así como tampoco en los delitos cometidos con dominio de organización en virtud de lo que se describe como “aparato organizado de poder”.¹⁷¹

b) Autoría y participación

57. Trasladado al ámbito brasileño del CP-BRA, esto significa que en la participación siempre hay un autor principal, el cual actúa, por lo tanto, con el dominio del hecho, y uno o más partícipes en el hecho (teoría de la accesoriedad).¹⁷² En cuanto a la autoría, es importante señalar que autor directo no solamente es quien realiza el hecho descrito por el tipo penal, sino también quien inicia la ejecución de la acción típica, lo que corresponde, por lo tanto, al delito consumado o tentado.¹⁷³ Respecto a la participación, a pesar de que el texto de la Parte General bajo el Título IV “de la concurrencia de personas” hable en el Artículo 31 CP-BRA “(d)el ajuste, (de) la determinación o la instigación”, además de “la asistencia” y también bajo el Capítulo III “de la aplicación de la pena” hable en el Artículo 62 CP-BRA sobre los agravantes en el caso de la concurrencia de personas, del que “coaccione o induzca” y del “instiga o determina”, la doctrina brasileña mayoritaria recoge sólo dos (02)

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 184 y ss.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 186 y ss; *id.*, 2000, *cit. supra* n. 136, pp. 371-384 y p. 729 y s.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 189 y ss; *id.*, 2000, p. 721-723.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 192 y ss; *id.*, 2000, p. 260-289, así como su clase magistral inaugural del año 1963, *id.*, “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* n.º 110, 1963, p. 193-207, *passim* (= “Crimes as part of organized power structures”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 09, 2011, p. 193-205, traducción por Belinda Cooper), y de manera más didáctica, *id.*, *cit. supra* n. 164, p. 295 y s. Sobre este tipo de manifestación del dominio del hecho, *cf.* ampliamente SIMON, 2014b, *cit. supra* n. 148, *passim*.

¹⁷² TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 14, señalando que en materia de participación, en Brasil el CP-BRA ha adoptado la teoría de la accesoriedad limitada, según la cual es suficiente que el hecho principal sea típico y antijurídico (*loc. cit.*, p. 20); coincidiendo, ZAFFARONI/PIERANGELI, *cit. supra* n. 114, p. 612.

¹⁷³ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 24.

tipos de participación: la instigación y complicidad,¹⁷⁴ lo cual es compartido por la jurisprudencia del STF-Brasil.¹⁷⁵

58. Según esta posición mayoritaria, instigador es aquel quien induzca o determine la ejecución del hecho, lo que se puede hacer por medio de consejos, declaraciones, información, estímulo, pago o cualquier forma de recompensa; cómplice es, a su vez, él que aporta al autor una contribución material que puede servir para hacer viable la consumación del hecho o para facilitarla,¹⁷⁶ incluyendo, de acuerdo a la jurisprudencia brasileña, la complicidad intelectual, que consiste en dar consejo al autor o instrucciones sobre la forma de la realización del delito, o moralmente apoyar en su resolución (ya adoptada) para cometer el crimen.¹⁷⁷ Además, se ha establecido que en toda participación deben existir dos (02) elementos esenciales; (i.) el dolo de participar en la acción del otro, en el sentido de la consumación del hecho, bastando dolo eventual; (ii.) la contribución causal al hecho. Específicamente, respecto al dolo de la instigación se requiere querer que el otro realice dolosamente el tipo, siempre dirigiéndose a una persona o personas determinadas, con dolo de que el otro cometa un hecho determinado.¹⁷⁸

c) Coautoría

¹⁷⁴ ZAFFARONI/PIERANGELI, *cit. supra* n. 114, p. 610 y ss; coincidiendo TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 40, citando a JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal. Parte Geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 367; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, quinta edición, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 258.

¹⁷⁵ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 14, con referencia a STF HC 86.520/SP, en *Diário da Justiça Eletrônico* del ocho (08) de junio de 2007.

¹⁷⁶ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 14.

¹⁷⁷ STJ REsp 28.7151/SP, Relator José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, del catorce (14) de mayo de 2002, en *Diário da Justiça* del diecisiete (17) de junio de 2002; coincidiendo SABADELL, *cit. supra* n. 103, p. 28; en contra TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 41.

¹⁷⁸ ZAFFARONI/PIERANGELI, *cit. supra* n. 114, p. 619.

59. En cuanto a la concurrencia de personas como coautores,¹⁷⁹ es coautor quien realiza el hecho junto con otro autor, teniendo ambos el dominio del hecho y actuando en acuerdo común para cometer este hecho. El acuerdo común entre coautores para cometer el hecho se puede dar antes o durante el proceso de la realización de este hecho. Este acuerdo común presupone una voluntad consciente de la cooperación comunal en el hecho, lo que corresponde a una división del trabajo en su ejecución. Para que se pueda caracterizar el acuerdo entre coautores como un acuerdo común, no es suficiente que el otro simpatice con la consumación del hecho, sino debe existir una voluntad efectiva de cooperar en la obra común; tampoco debe confundirse con la simple connivencia. Sin embargo, para que haya un acuerdo común, no es necesario que los coautores se conozcan mutuamente, siempre que sean conscientes de que mantengan el dominio del hecho y lo ejecuten, dividiendo entre ellos la obra.¹⁸⁰

60. Además, para que sean coautores, será necesario que los autores ejecuten el acuerdo común de manera conjunta. Esto no quiere decir que todos deben realizar directamente la acción descrita por el tipo penal. Por lo tanto, será coautor quien ejecuta directamente el hecho, pero también será un coautor quien dirige o planifique este hecho, puesto que integre el plan global de su ejecución. De acuerdo a la jurisprudencia del STF-Brasil esto aplica, sin que sea necesario que el coautor esté presente en el lugar y en el momento de la ejecución concreta del plan.¹⁸¹ Sin embargo, *Roxin* considera que, si el agente no ejecuta directamente y personalmente

¹⁷⁹ Que no debe confundirse con el *nomen juris* del antiguo Art. 25 CP-BRA (*cf. supra* n. 128).

¹⁸⁰ TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 08 y s.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 36, citando STF HC 91.400, Relator Joaquim Barbosa, del veintinueve (29) de abril de 2008 en *Diário da Justiça Eletrônico* del diecinueve (19) de junio de 2008.

el hecho, y no existen otros elementos de su conducta que llenen la función de constituir el (co)dominio del hecho, como el control directo de la realización del tipo penal, no será coautor sino sólo un cómplice o instigador;¹⁸² por ejemplo, en el caso del delito de homicidio perpetrado con una arma de fuego, si no hubiera disparado contra la víctima, solamente será coautor en caso de, por su aportación psíquica, estuviera en contacto constante con el autor que haya disparado, para guiar o controlarlo. Contraria a la posición de *Roxin*, la doctrina dominante considera que, ante la vinculación del ejecutor con el agente de atrás, en términos de subordinación o de control, como ocurre, por ejemplo, en el caso del jefe de una estructura jerárquica, quien planificó la realización de la ejecución de homicidios con armas de fuego por parte de sus subordinados, esta determinación por parte del jefe del plan de cometer homicidios constituye coautoría, aun cuando éste no estuviera, en el momento de los disparos, en contacto directo con quienes hayan disparado. Hay poca duda, tanto en la jurisprudencia del STF-Brasil y la doctrina mayoritaria brasileña,¹⁸³ así como en la doctrina mayoritaria latinoamericana¹⁸⁴ y alemana¹⁸⁵ de que la contribución del jefe, en este caso, constituye su dominio del hecho, como tampoco se puede dudar de su dolo –respecto a cualquier tipo de contribución (¡no hay participación genérica!)– en relación a su participación concreta en la acción de los autores que dispararon, *i.e.* en el sentido de la consumación del delito de

¹⁸² ROXIN, 2003, *cit. supra* n. 136, p. 82, n.º margen 200.

¹⁸³ En vez de muchos, *cf.* TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 09 y s, 36; JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Direito Penal. Parte Geral*, cuarta edición revisada y actualizada, Conceito Editorial, Florianópolis, 2010, p. 354.

¹⁸⁴ En vez de muchos, *cf.* ZAFFARONI *ET AL.*, *cit. supra* n. 116, p. 786; FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal. Parte General*, cuarta edición, Comlibros, Bogotá, 2009, p. 903 y s.

¹⁸⁵ En vez de muchos, *cf.* HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002 (traducción de la quinta edición alemana de 1996 por Miguel Domingo Olmedo Cardenete), p. 680; BERND HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tercera edición, Kohlhammer, Stuttgart, 2012, p. 566, n.º margen 1228.

homicidio. Sin embargo, en contra de la posición dominante en la jurisprudencia y doctrina brasileña, se encuentra una posición¹⁸⁶ excesivamente restrictiva del concepto de autor,¹⁸⁷ según la cual, para el caso específico de la persona que “promueve u organiza la cooperación en el crimen”, así como para aquel que “dirige la actividad de otros agentes”, será partícipe y no coautor, quien no esté presente en el lugar y en el momento de la realización del hecho descrito por el tipo penal, a pesar de que existan otros elementos de su conducta que llenen la función de constituir el codominio del hecho, como lo es, en particular, el control directo de la realización del tipo penal por ejercer un liderazgo efectivo sobre los demás.

3. Subsunción

61. La pregunta de la presente pericia *supra* (I.), a efectos de determinar la obligación del Estado brasileño, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de extender la investigación criminal a la cadena de mando del OP-1995, sobre el alcance de imputar la responsabilidad penal de los resultados letales del operativo policial por Homicidio (Artículo 121, *caput*, CP-BRA) a las personas responsables jerárquicamente por este operativo, se responde por medio de la subsunción de los hechos establecidos *supra* (II.), en el marco de la metodología del caso genérico desarrollado *supra* (III.1), al concepto jurídico-penal de autoría y participación en el Derecho Penal brasileño elaborado *supra* (III.2) que permite imputar a otros, elementos objetivos y subjetivos del hecho delictivo y de la autoría,

¹⁸⁶ SABADELL, *cit. supra* n. 103, p. 20 y s.

¹⁸⁷ *Cfr.* las críticas de TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 34 y ss.

correspondientes a aquellos que por sí mismos los realizaron, teniendo en vista la escasez probatoria de identificar a los últimos.

62. Para la subsunción de los hechos del OP-1995 en el marco del caso genérico al concepto jurídico-penal de autoría y participación, se toma en cuenta la siguiente estructura jerárquica:¹⁸⁸

Titular DRRFCEF																		
M. F. A. (=β2)																		
Líder <i>in situ</i> del OP-1995																		
M. A. R. (=β1)																		
α1	α2	α3	α4	α5	α6	α7	α8	α9	α10	α11	α12	α13	α14	α15	α16	α17	α18	α19

63. Para efectos de establecer el alcance de imputar la responsabilidad penal de los resultados letales del OP-1995 por Homicidio de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA a M. A. R. (=β1) y a M. F. A. (=β2) se subsumirán los hechos del operativo y el rol de β1 y β2 en el marco del caso genérico, desarrollado *supra* párrafo 44.

a) M. A. R.

64. Subsumiendo los hechos del OP-1995 y el rol de β1 en el operativo policial al marco del caso genérico, existen suficientes puntos de apoyo fáctico para concluir que debería haberse abierto una investigación contra β1 como coautor de Homicidio consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA. Así, existen suficientes elementos fácticos que indican que se cometieron Homicidios en el marco del OP-1995 por los integrantes del operativo policial, el cual fue planificado y ejecutado por β1 en su condición de líder *in situ* del operativo. También existen suficientes indicios que β1 efectivamente dirigió la operación en el lugar de los hechos, *i.e.*

¹⁸⁸ Cfr. *supra* párr. 5 y s.

tuvo el control directo del operativo. Además, al tratarse de un operativo policial, sobre el cual existen indicios precisos que había sido planificado por $\beta 1$ en el marco de la estructura jerárquica de la DRRFCEF, hay una base fáctica suficientemente sólida que indica que $\beta 1$ repartió entre los demás integrantes del OP-1995 ($\alpha 1$, $\alpha 2$, $\alpha 3$, $\alpha 4$, ...) el trabajo con respecto a los hechos que se llevaron realmente a cabo, además de que $\beta 1$ entre los integrantes del operativo tenían la voluntad efectiva y consciente de la cooperación comunal en la realización de los homicidios, seguido por la ejecución de manera conjunta de este acuerdo común con división del trabajo entre ellos.

65. En particular, el alcance de imputar los homicidios perpetrados en el marco del OP-1995 a $\beta 1$ como coautor no se reduce por la escasez probatoria para identificar a los autores individuales que dispararon. A efectos de la imputación objetiva, no importa quién o quiénes de los integrantes del operativo policial haya(n) ejecutado la conducta, ya que lo determinante es que el hecho se haya llevado a cabo por los miembros del colectivo criminal y que estos hechos forman parte del acuerdo común. A nivel del dolo, tampoco es necesario que $\beta 1$ conozca todos los detalles de la ejecución del delito; de acuerdo a la jurisprudencia en el Derecho comparado, no es ni siquiera necesario que conozca la identidad del coautor,¹⁸⁹ sino que sepa y tenga la voluntad que alguno de los integrantes del OP-1995 ejecutará la acción de acuerdo al acuerdo común.¹⁹⁰

66. Sin embargo, el problema de la escasez probatoria para identificar a los autores individuales es importante en el aspecto probatorio del hecho concreto. La

¹⁸⁹ Cfr. RGSt 58, pág. 279; BGHSt 39, pág. 01, 31 y s.

¹⁹⁰ Cfr. TAVARES, *cit. supra* n. 115, p. 62, coincidiendo para el Derecho Penal Colombiano, FERNANDO VELÁSQUEZ V., *cit. supra* n. 113, p. 123.

investigación debe estar enfocada en probar a β 1 un hecho, al que también pertenece el *desarrollo concreto* del hecho.¹⁹¹ La pregunta relativa a la prueba del hecho concreto es independiente de las exigencias del dolo, dado que se trata del esclarecimiento de la ocurrencia objetiva de los hechos. No puede renunciarse a la prueba precisa del desarrollo del hecho, ya que debe aclararse *qué* hecho concreto se busca acusar como órgano de persecución penal encargado de la investigación criminal. Eso tiene significado, por ejemplo, para el caso de una nueva denuncia (problema del *ne bis in idem*). En el caso de existir una incertidumbre acerca del desarrollo concreto del hecho que se busca acusar, se está frente a una incertidumbre respecto al *fundamento* de los hechos. Sin embargo, este caso no debe resultar necesariamente en un sobreseimiento. Debe considerarse una acusación cuando sea claro que el autor ha vulnerado una norma penal y, sin embargo, siga siendo incierto por medio de qué hechos concretos la ha vulnerado. De acuerdo con la jurisprudencia en el Derecho comparado, en este caso es suficiente para formular una acusación penal, cuando en todas las alternativas existentes de supuestos del hecho que puedan ser consideradas seriamente, el tipo penal que se acusa se ve vulnerado.¹⁹²

67. Por lo tanto, si existen suficientes indicios, como en el presente caso, que el hecho fue llevado a cabo como parte de un plan común de acción por un integrante del OP-1995 y no por un tercero desvinculado,¹⁹³ debería haberse abierto una investigación contra *M. A. R.* como coautor de Homicidio consumado, de acuerdo al

¹⁹¹ Cfr. BGH NJW 1991, p. 2716 y BGH NJW 1994, p. 2966, de acuerdo con la cual, la denuncia debe identificar el presunto hecho punible espacial y temporalmente, así como de cualquier otra forma concreta.

¹⁹² Cfr. BGHSt 38, p. 83, 85; BGHSt 46, p. 85, 86.

¹⁹³ Cfr. *supra* parr. 12.



Artículo 121, *caput*, CP-BRA, a pesar de desconocerse el curso exacto de acción, ya que los indicios demuestran que bajo cualquier supuesto del caso los Homicidios fueron perpetrados por un integrante del operativo policial.

b) M. F. A.

68. Subsumiendo los hechos del OP-1995 y el rol de $\beta 2$ (= M. F. A.) en el operativo policial al marco del primer caso genérico, existen suficientes puntos de apoyo fáctico para concluir que debería haberse abierto una investigación contra $\beta 2$ como coautor o instigador de Homicidio consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA. Así, si bien $\beta 2$ no estuvo presente en el lugar y en el momento del OP-1995, cuya ejecución *in situ* estaba a cargo de $\beta 1$, existen suficientes indicios que ambos planificaron conjuntamente el operativo policial, siendo $\beta 1$ subordinado a $\beta 2$. En particular, existen suficientes elementos fácticos que indican que el *modus operandi* de los integrantes de la DRRFCEF bajo su mando, incluyendo el desarrollo de los hechos que resultaron en los Homicidios,¹⁹⁴ el comportamiento respecto al lugar de los hechos¹⁹⁵ y la calidad de las investigaciones,¹⁹⁶ correspondió en cada uno de sus elementos a un patrón de prácticas policiales y de políticas institucionales en la época, por lo que deberían haber sido tratados como indicios suficientes de que los Homicidios no sólo hacían parte de la planificación del OP-1995 desarrollada por $\beta 1$ y $\beta 2$, sino eran su objetivo principal. Por ello, al menos de acuerdo a la posición de la jurisprudencia del STF-Brasil y de la doctrina mayoritaria brasileña, latinoamericana y alemana respecto a los requisitos del

¹⁹⁴ Cfr. *supra* párr. 10 y ss.

¹⁹⁵ Cfr. *supra* párr. 17 y ss.

¹⁹⁶ Cfr. *supra* párr. 20 y ss.

dominio del hecho del coautor que desarrolla el plan global de la ejecución del hecho,¹⁹⁷ existe certeza sobre la existencia de indicios de que $\beta 2$ haya tenido el dominio sobre el desarrollo del OP-1995, incluyendo sus resultados letales, por lo que tampoco se puede dudar de la base indiciaria respecto al dolo de $\beta 2$ con relación a la consumación de los Homicidios. Sobre esta base debería haberse abierto una investigación contra $\beta 2$ por coautoría de Homicidio consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA.

69. Por el otro lado, si se mantiene en contra de la posición dominante en la jurisprudencia y doctrina brasileña, que $\beta 2$ solamente sería coautor de los Homicidios en caso de que hubiera aportado psíquicamente a la realización de ellos, guiando o controlando constantemente a los integrantes del OP-1995,¹⁹⁸ la base indiciaria no alcanza el nivel de certeza necesario para investigarlo por coautoría, ya que no existen elementos fácticos que indican que $\beta 2$ hubiera estado en contacto constante con los integrantes del operativo policial de su Comisaría. Sin embargo, al haber planificado como jefe de la Comisaría conjuntamente con $\beta 1$ el OP-1995 que correspondió en cada uno de los elementos de su *modus operandi* a un patrón de prácticas policiales y de políticas institucionales en la época, no hay duda de la existencia de indicios de que $\beta 2$ haya determinado a $\beta 1$ para la ejecución de los hechos *in situ*, como tampoco se puede dudar de la base indiciaria respecto al dolo de $\beta 2$ con relación a la consumación de los Homicidios y de la contribución causal de su aporte, por lo que debería haberse abierto una investigación contra $\beta 2$ por instigación al Homicidio. Por eso, en todo caso, debería haberse abierto una

¹⁹⁷ Cfr. *supra* párr. 60.

¹⁹⁸ *Ibid.*



investigación contra $\beta 2$ por instigación al Homicidio consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA.

70. Y lo que es más, incluso en el caso de que hubiera indicios –que no se han podido establecer con el material probatorio al alcance de la pericia para el presente caso– de que $\beta 1$, antes de planificar con su jefe jerárquico $\beta 2$ el OP-1995, ya hubiera adoptado desde el inicio la resolución para cometer los Homicidios con los demás integrantes del operativo policial, existirían suficientes indicios de que $\beta 2$ habría al menos dado consejos, instrucciones sobre la forma de la realización de los homicidios, o moralmente apoyado a $\beta 1$ en su resolución ya adoptada para cometer los Homicidios en el marco del plan del OP-1995, llenando así los requisitos para ser investigado por complicidad en Homicidio. Indicativo respecto a este hecho no sería solamente la información sobre la planificación conjunta del operativo policial, sino, además, la información en la prensa nacional que señala que $\beta 2$ no sólo tenía conocimiento de que los integrantes de del OP-1995 de su Comisaría al menos habrían actuado fuera del límite de la necesidad y proporcionalidad del uso intencional de armas letales, sino que avalaba este comportamiento, al afirmar que “en una operación como esta, no se puede exigir una conducta británica de los policiales”.¹⁹⁹

71. Por lo tanto, de acuerdo a la posición dominante en la jurisprudencia y doctrina brasileña, debería haberse abierto una investigación contra *M. F. A.* como coautor de Homicidio consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA. Igualmente, como en el caso de *M. A. R.*, esta conclusión no se ve afectada por el hecho de desconocerse el curso exacto de acción, ya que los indicios demuestran que bajo

¹⁹⁹ Cfr. *supra* párr. 23.

cualquier supuesto del caso, los Homicidios fueron perpetrados por un integrante del OP-1995. En todo caso, debería haberse abierto una investigación contra *M. F. A.* por instigación a *M. A. R.* por Homicidio, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA, y/o profundizado las diligencias previas respecto a indicios sobre su complicidad con *M. A. R.*

4. Conclusión

72. En conclusión, se establece que debería haberse abierto una investigación contra *M. A. R.* y *M. F. A.* como coautores de Homicidio consumado, de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA. En todo caso, en cuanto al último, debería haberse abierto una investigación contra *M. F. A.* por instigación a *M. A. R.* por Homicidio y/o profundizado las diligencias previas respecto a indicios sobre su complicidad con *M. A. R.*

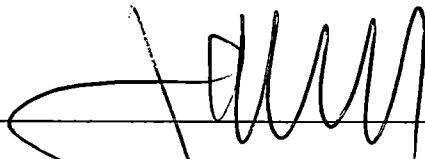
IV. Resultado

73. Como resultado de la pericia, en primer lugar se establece que existen suficientes indicios que los integrantes del OP-1995 cometieron homicidios de acuerdo al Artículo 121, *caput*, CP-BRA, cuyas víctimas están entre las trece (13) personas fallecidas en el marco del operativo policial.


74. En segundo lugar, existen suficientes indicios sobre los niveles de jerarquía en la planeación y realización del OP-1995, además de información sobre una política institucional de estimular o tolerar prácticas policiales tales como en el OP-1995.



75. En tercer lugar, se establece que las reglas de participación criminal del Derecho Penal brasileño permiten a las autoridades brasileñas investigar y procesar a los responsables jerárquicos por hechos criminales realizados por sus subordinados.
76. Finalmente, se concluye que en el presente caso existen suficientes indicios que permitirían aplicar las reglas de participación criminal del Derecho Penal brasileño, de modo que el Estado brasileño cumpliera con su obligación, de acuerdo a los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de investigar a todos los responsables por los resultados letales del OP-1995.


 Jan Michael Simon

Die vorstehende ~~einseitige~~ ^{zweiseitige} Unterschrift des/der
 Jan Michael SIMON * 30.01.1967
 (Name, Vorname, d.h. Geburtsname, Geburtsort)
 Tegucigalpa
 (Ort)
 beglaubige ich hiermit auf Grund
 der vor mir erfolgten Vorziehung / ihrer Anerkennung
 (§ 10 Abs. 1 Ziff. 2 Konsulargesetz vom 11. 9. 1974).
 Der / Die-Erschienene ist mir persönlich bekannt / hat seine /
 ihre Identität durch Vorlage feierlicher Urkunde nachgewiesen
 erfüllt
 Botschaft / Generalkonsulat
 der Bundesrepublik Deutschland
 Tegucigalpa, den 29. September 2016
 (Ort, Datum)
 (Name in Druckbuchstaben, Amtsbezeichnung)
 als Konsularbeamter gem. § 10 Abs. 1 Ziff. 2 KG
 Beurk.-Reg. II 49/2016
 Gebühr € 20,-
 HNL 520,-



2