

Suprema Corte:

Contra el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal los condenados y el Ministerio Público interpusieron recursos extraordinarios. Dichas apelaciones fueron concedidas con relación a los siguientes puntos:

I

Inconstitucionalidad de la ley 23.040

Los jueces rechazaron la excepción planteada por algunos de los procesados, que afirmaban que los hechos en los que se sustentó el proceso habían sido amnistiados por la ley de facto 22.924, y que no se les podía aplicar la ley 23.040 pues ello contravendría la exigencia de "ley anterior al hecho del proceso" contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

a) Fundamentos de la Cámara.

Para descartar esta argumentación la Cámara se remitió a lo ya resuelto por ese tribunal en dos precedentes, el fallo de la Sala I del 4 de octubre de 1984, *in re* "Fernández, Marino y Argemi, Raúl s/tenencia de armas de guerra y falsificación de documento" causa N° 18.057 y el fallo de la Sala II, del 6 de marzo de

1985, *in re* "Rolando Vieyra, Domingo Manuel y otros s/inf. art. 189 bis y 292 del Código Penal" causa N° 33.438.

En esos fallos los jueces expusieron los siguientes argumentos:

1) Que la norma conocida como ley 22.924 se dictó por el Poder Ejecutivo de facto excediendo los límites que la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce a esa clase de gobierno de realizar los actos *necesarios* para el cumplimiento de sus fines (Fallos: 238: 198; 279:368; voto del Dr. Fayt *in re* L. 41, L. XX "Lami Dozo, Basilio Arturo s/decreto 158/83" del 31 de julio de 1984).

El tribunal destacó, al respecto, que la ley de facto 22.924 no era adecuada para el cumplimiento de ninguno de los fines que se habían señalado los responsables del proceso de reorganización nacional y entendió que no cabía aceptar que el gobierno revolucionario triunfante dictara una amnistía respecto de los delitos eventualmente cometidos por sus integrantes, porque ello no se admitía siquiera del propio Congreso de la Nación electo en la forma prevista en la Constitución (doctrina de Fallos: 234:16).

2) Que al momento de ser dictada la llamada ley 22.924 los jueces la declararon insanablemente nula, destacando al respecto que entre esos fallos hay algunos suscriptos por actuales integrantes de la Cámara Federal. Se afirma que dicha nulidad persiste y que la ley 23.040 no ha hecho más que reiterarla.

3) Que la ley 22.924 era inválida por su contenido manifiestamente inmoral, y porque no había sido reconocida o no tenía efectividad como tal. Se destacó asimismo, que había sido dictada como un acto *in extremis*, pretendiendo sustraer a los legítimos representantes del pueblo la trascendental decisión, de echar un manto de olvido sobre los delitos cometidos.

4) El *a quo* sostuvo también que la invalidez de la llamada ley 22.924 no surge sólo de lo dispuesto por la ley 23.040 sino también del categórico texto del art. 29 de la Constitución Nacional, que fulmina con una nulidad insanable aquellos actos que supongan la concesión de facultades extraordinarias o de la suma del poder y

que esta situación se concretó cuando el gobierno de facto, que ya se había atribuido funciones legislativas, impidió la acción del Poder Judicial.

Por todas estas razones los jueces no sólo concluyeron que era válida la derogación con retroactividad y la declaración de nulidad de la llamada ley 22.924, sino también dijeron que la nulidad era insanable, lo que impedía que pudiese haber cosa juzgada sobre ninguna causa en trámite.

b) Fundamentos de los recursos.

En el recurso extraordinario intentado por la defensa de Jorge Rafael Videla se afirma que la ley 22.924 no fue dictada en la época en que éste se desempeñó como Comandante General del Ejército, sino con mucha posterioridad, de modo tal que la ley no puede arrojar sombra de sospecha a su respecto. No puede considerársela una autoamnistía.

Agrega, que la ley 23.040 ha quebrado el connotado principio de la aplicación de la ley penal más favorable al procesado, el que asume el carácter de garantía con rango constitucional consagrado por el art. 18 de la Ley Fundamental de la Nación.

Este último argumento, también es esgrimido en el remedio federal intentado por la defensa de Orlando Ramón Agosti.

En el recurso impetrado por Emilio Eduardo Massera, por remisión a un escrito presentado ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, se afirma que no es aplicable el art. 29 de la Constitución Nacional pues la Corte reconoció facultades legislativas a los poderes de facto.

Añade, que ya hubo cosa juzgada en un pronunciamiento anterior. Afirma que la facultad de disponer la inconstitucionalidad de las leyes es exclusiva y excluyente del Poder Judicial, por lo que carecería el Poder Legislativo de la posibilidad de declararla nula e inconstitucional.

Finalmente, destaca, que ya hay derechos adquiridos por lo que debe aplicarse la ley más benigna.

En el recurso correspondiente a Roberto Eduardo Viola se argumenta que resulta de la esencia de los regímenes de facto la concentración de los poderes y, de este modo, la suma del poder público como inherente del gobierno de hecho tornaría siempre nulas las leyes dictadas por dichas autoridades.

Pone de manifiesto que la ley 22.924 es una norma de pacificación nacional y no una autoamnistía porque se dictó en una época en que los procesados no detentaban cargo alguno, ya que los que la suscribieron eran los integrantes de la cuarta Junta Militar de gobierno que emitieron una disposición legal que podía alcanzar a cualquiera de los bandos en pugna.

Estima, que entender que la cuarta Junta integra un conjunto indisoluble con sus antecesores lleva a considerar por igual a todos los militares.

Afirma, que una ley de pacificación no puede atentar contra la naturaleza del hombre como persona y que, si bien por vía de hipótesis podría admitirse que los hechos que amnistiaba hubieran tenido ese carácter, ello nunca puede afirmarse del acto posterior tendiente a restañar las heridas.

Añade, que es cierto que las normas de facto tienen una validez transitoria o precaria, pero no puede atribuirse a esa transitoriedad tan escaso valor como para que en una etapa subsiguiente no sólo se puedan reemplazar esas leyes de facto, a las que se habría acordado una vigencia limitada, sino, además, desconocer sus efectos ya producidos, con o sin decisión judicial.

Entiende, que la discusión doctrinaria hasta el momento ha versado sobre si las leyes de facto mantenían su vigencia cuando sobrevenía un gobierno constitucional o se producía su caducidad salvo ratificación saneatoria, pero eso sin perjuicio de la validez de la ley de facto aún para su aplicación retroactiva si es más benigna. Trae a colación lo resuelto por la Cámara Federal de Entre Ríos, según

la cual, la amnistía importa la renuncia del Estado a la potestad soberana de perseguir y castigar los delitos y, al ser el actual gobierno, guste o no, sucesor del anterior, dicha renuncia no puede ser retractada en forma unilateral sin afectar un derecho cuya inalterabilidad garantiza la Constitución.

Añade, que es inadmisibile que el Poder Legislativo declare la nulidad de una ley, citando en su apoyo la opinión de la Cámara Federal mencionada, según la cual, la declaración de inconstitucionalidad es una facultad privativa y exclusiva del Poder Judicial absolutamente indelegable.

Entiende, que de lo contrario se afectaría un derecho adquirido violándose lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución Nacional.

c) Procedencia de los agravios.

En la causa se pretende que V.E. declare inconstitucional la ley 23.040.

Sin embargo, la mayoría de los planteos esgrimidos tanto por la Cámara como por los recurrentes se refieren a la validez de la llamada ley 22.924, tema que sólo recobraría vigencia si se declarase la inconstitucionalidad de la ley 23.040.

Entiendo, que para resolver esta última cuestión no es necesario analizar si puede considerarse a la ley 22.924 una autoamnistía, si el gobierno de facto actuó dentro de las facultades que se le reconocen, o si el contenido de la ley citada es inmoral o contrario a la Constitución Nacional.

De todas estas cuestiones se ha ocupado el Organó Legislativo y precisamente las ha resuelto sancionando la ley 23.040.

Corresponde al Organó Judicial establecer si la ley 23.040 afecta algún principio constitucional.

Tres son las cuestiones planteadas al respecto:

1) El Organó Legislativo carece de facultades para anular o declarar inconstitucional una ley, tarea que es propia del Organó Judicial.

2) La declaración de nulidad de la ley de amnistía conculca el art. 18 de la Constitución Nacional.

3) La retroactividad en su aplicación vulnera derechos irrevocablemente adquiridos, contrariando el principio del art. 17 de la Constitución Nacional.

Entiendo, que estos temas suscitan cuestión federal para su tratamiento en la instancia extraordinaria.

1) Facultades del Organó Legislativo.

La sanción de la llamada ley 22.924 llevó aparejada una gran resistencia, que la Cámara en su fallo hace notar, destacando que una gran cantidad de jueces la declararon nula e inconstitucional.

El *a quo* también puso de relieve que fue una ley dictada *in extremis* con el objeto de sustraer la decisión sobre un tema tan importante a los legítimos representantes del pueblo.

En este marco de referencia asume el gobierno democrático y debe resolver sobre su validez.

V.E. ha dicho en Fallos: 306:174 que la validez de las normas y actos emanados del Organó Ejecutivo de facto está condicionada a que explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda la reconozca.

Las nuevas autoridades asumieron éste, como uno de los problemas que debía atender con carácter prioritario, tal es así, que se ocuparon de él en la primera ley sancionada por el Organó Legislativo y promulgada por el Ejecutivo.

Conviene poner de resalto, que la discusión acerca de si la decisión del Organó Ejecutivo es suficiente para privar de validez a

un acto llamado ley, pero que emana de un gobierno de facto, o si para ello resulta indispensable la intervención del Organó Legislativo, carece de relevancia en el caso, pues precisamente este último —que claramente tiene potestad para derogar las leyes— fue quien se ocupó y resolvió el problema.

El art. 1º de la ley 23.040 establece "Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924".

Resulta claro que esto no es equivalente a una declaración judicial de inconstitucionalidad, sino que constituye el ejercicio de la atribución propia del Organó Legislativo de derogar una regla anterior, fundando esa decisión en vicios de naturaleza constitucional.

En cuanto a la declaración de insanablemente nula que se realiza, ratificada en el art. 2º donde se establece que la ley de facto carece de todo efecto jurídico, significa, indudablemente, que la derogación efectuada tendrá efecto retroactivo.

Esta conclusión se ve avalada porque en la parte final del art. 2º se declara inaplicable a la ley 23.040 el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 2º del Código Penal, con lo cual se resuelve en forma expresa la colisión con la regla legal aludida.

No advierto, en consecuencia, que el Organó Legislativo haya excedido sus facultades, invadiendo las del Judicial, al derogar con efecto retroactivo la llamada ley 22.924.

Antes bien, parece consistir en una acción específica de ese órgano estatal, que, recogiendo un cuestionamiento presente en el conjunto de la sociedad argentina asumió el mandato otorgado en los comicios para disponer la carencia absoluta de efectos jurídicos de una norma anterior, dictada por un gobierno de facto.

2) Artículo 18 de la Constitución Nacional.

Con relación a la alegada colisión con los principios contenidos en el art. 18 de la Constitución Nacional, he señalado ya, al dictaminar el 13 de noviembre de 1984 en la causa F.25, L.XX "Fiorillo,

Juan c/Fernández, Francisco s/falso testimonio", que el carácter retroactivo de su aplicación no contraría ninguno de esos principios, sino que, en todo caso, se opondría a lo prescripto en el art. 2º del Código Penal.

En efecto, no se trata de la creación de una norma prohibitiva con posterioridad al hecho imputado sino de la derogación de un precepto excusante dictado con posterioridad a la ejecución de una acción plenamente inculpada al momento de su comisión.

La ley 23.040 no afecta ninguna de las normas penales que regían al momento de la comisión de los hechos. *No se altera ni el contenido de la prohibición ni ninguna otra condición de punibilidad que estuviera vigente en el instante en que los hechos se consumaron.*

De tal modo, y como los mismos recurrentes lo aceptan, la ley 23.040 es perfectamente compatible con el art. 18 de la Constitución Nacional.

En tales condiciones, el conflicto normativo posible no se vincula con dicha norma constitucional sino con el art. 2º del Código Penal, es decir, que se limita a un conflicto entre dos normas de similar jerarquía, resuelto expresamente por la ley posterior que dispone la inaplicabilidad del art. 2º.

En reiteradas oportunidades y con diferente integración esta Corte afirmó que la ultra actividad de la ley más benigna, es una regla de origen legal, que no deriva ni guarda vinculación con el artículo 18 de la Constitución Nacional (Doctrina de Fallos: 211:1657; 253:93; 258:120; 259:7; 262:621; 271:34; 273:212; 274:297; 293:218; 302:1626 entre otros).

Para aventar toda duda creo oportuno extenderme sobre la diferencia que existe entre los principios a que hago referencia. La Constitución Nacional, en su artículo 18, prohíbe la aplicación de una condena penal si no existe una ley previa que mande o prohíba esa acción bajo amenaza de pena (Fallos: 237:636; 254:315; 293:378; 301:385; 302:1626, sentencia del 7 de agosto de 1984 en la causa A.383, L.XIX "Alpe S.R.L. y otros s/inf. ley 19.359").

Esa exigencia constitucional es el fruto de una larga evolución política y cultural del hombre, y reposa básicamente en dos valores enraizados en la forma republicana de gobierno.

Desde un aspecto, constituye una valla al ejercicio omnímodo de la autoridad, a la que impide imponer penas en forma discrecional según su momentáneo criterio de utilidad. De otro punto de vista permite que el ciudadano esté en condiciones de conducir su vida, de modo tal de evitar las conductas prohibidas por la ley y, de esta forma, impedir que se le aplique una pena (Doctrina de Fallos: 303:267 y sus citas).

Analizando los orígenes y antecedentes de la legislación penal argentina se pueden conocer los motivos que llevaron a sancionar la norma dispuesta en el art. 2º del Código Penal, razones que difieren de las que dan base al art. 18 de la Constitución Nacional.

Con relación al tema el autor del Código Penal Argentino, Rodolfo Moreno (h), en su obra "Código Penal y sus antecedentes" señala lo siguiente: "cuando una ley se modifica por medio de otras, el legislador reconocí que la ley derogada no es oportuna por haber variado las circunstancias que la determinaron o que es errónea. En ambos casos sería absurdo hacer pesar las consecuencias del error sobre la persona que cometió el acto cuando dicha ley abrogada se encontraba en vigencia. De aquí que sea natural autorizar la aplicación de la ley nueva al encausado y aún la revisión del proceso para el condenado" (pág. 286, Tomo I).

En la nota que acompaña el proyecto de ley de Código Penal de Carlos Tejedor, éste afirma, que "cuando el poder social juzga que las penas de que se ha armado la ley son muy severas, cuando piensa que la conservación del orden social no estaba interesado en mantenerlas no podría, sin una extraña inconsecuencia, continuar aplicando a hechos anteriores sus nuevas prescripciones, penas que él mismo proclama como inútiles o demasiado rigurosas (...) (sería de una soberana injusticia aplicar penas que se declararan al mismo tiempo excesivas o demasiado severas".

También en la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de 1891, se destacó que debe diferenciarse la irretroactividad

de la ley penal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, del principio de la retroactividad benigna de la ley penal, y se expresó que "cuando una ley posterior al hecho incriminado, suprime una represión del mismo atenúa la gravedad de la pena o cambia en un sentido favorable al imputado las condiciones de imputabilidad, la sociedad reconoce un error en la ley antigua y no debe hacer pesar los efectos del mismo sobre un individuo que cayó bajo sanción".

Desde otro aspecto, he de señalar que prestigiosos juristas que me precedieron en el cargo se ocuparon de identificar las razones que fundamentan el artículo 2º del Código Penal.

Carlos G. Delfino afirmó que esa norma tiene por objeto reconocer la impunidad de los actos que, en virtud de las transformaciones del derecho, dejaron de alarmar la tranquilidad pública (Fallos: 211:1657).

Por su parte, en el meduloso dictamen que obra en Fallos: 293:522, Enrique Petracchi distinguió también el art. 18 de la Constitución Nacional y el art. 2º del Código Penal, y sostuvo que este último reposa en la idea que toda modificación de las normas penales obedecerá a que el legislador ha encontrado un desajuste entre las leyes anteriores y los fines que perseguía al dictarla y que la nueva disposición sirve mejor a los intereses que se buscaba tutelar.

Como consecuencia de todos esos antecedentes, resulta claro, que la ultraactividad de la ley más benigna reposa en la idea de que no deben aplicarse penas por acciones que la sociedad ya no estima necesario o conveniente reprimir con sanciones de este tipo, aún cuando en otro momento hubiese considerado que lo era.

Por consiguiente, no advierto obstáculo constitucional alguno para que el Congreso declare inaplicable a ciertos casos el art. 2º del Código Penal, pues mediante esta norma, el legislador ha sentado un principio fundado en razones generales de conveniencia y nada le impide, desde el punto de vista constitucional, apartarse

de dicha regla cuando entienda que tales razones no concurren en situaciones determinadas.

Sirva como ejemplo de esta posibilidad, que la Corte ha reconocido que el art. 2º del Código Penal no siempre rige en materia Penal Económica. Ello así, porque en ese ámbito se producen rápidas modificaciones de los contenidos de la prohibición y no debe aceptarse que el legislador haya querido privar de eficacia a esas medidas dictadas en atención al debido resguardo del orden público económico (Fallos: 293:552).

Por ello considero que corresponde confirmar la pacífica doctrina de V.E. ya citada, de acuerdo a la cual, la ultraactividad de la ley penal más benigna es una regla de origen legal, que no deriva ni guarda relación con el precepto constitucional mencionado (Fallos: 253:93; 258:120; 259:7; 262:621; 271:34; 273:212; 274:297; 302:1626; entre muchos otros).

3) Artículo 17 de la Constitución Nacional

El último de los agravios que se relacionan con el tema en análisis, se sustenta en el alegado desconocimiento de un derecho que se dice adquirido en virtud de la ley de amnistía, lo que importaría vulnerar la garantía consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional.

A este respecto, creo oportuno recordar que la Corte ha dicho desde antiguo que el término "propiedad", cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad" (Fallos: 144:219), añadiendo que "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de 'propiedad'" (Fallos: 145:307).

No obstante, preciso es advertir que sin perjuicio de la amplitud del concepto así expresado, nos hallaríamos en este caso frente a derechos que, como la vida y la libertad, cuentan con protección específica en otras garantías de la Carta Magna, tanto o más esenciales que la tutela de la propiedad según cabe inferir del párrafo antes transcrito, lo que torna inatingente la invocación de esta última.

Pero más allá de los alcances que quepa asignar a la mencionada garantía constitucional, parece claro que ella no puede ser alegada como un sustituto *ad hoc* para amparar un pretendido derecho que no cabe considerar legítimamente adquirido en la medida que proviene de una ley carente de sustento constitucional (conf. doctrina de Fallos: 275:459, considerandos 5º a 7º, y otros).

Es por eso que estimo corresponde confirmar en este punto la sentencia recurrida.

II

Interpretación de los Arts. 513 y 514 del Código de Justicia Militar

a) Fundamentos de la Cámara

La Cámara consideró probado que los condenados establecieron un sistema represivo por el cual grupos de subordinados debían capturar a personas en forma clandestina, someterlas a interrogatorios mediante tormentos y eliminarlas físicamente.

Sostuvo que esos hechos son de jurisdicción militar, de acuerdo al artículo 108 del ordenamiento castrense y al artículo 10 de la ley 23.049, por lo que correspondía analizar la responsabilidad de los procesados a la luz de las disposiciones del Código de Justicia Militar.

Entendió el *a quo*, que el art. 514 del Código de Justicia Militar confiere al superior que dio la orden el carácter de autor.

Afirmó que este concepto particular de autoría de la ley militar, sigue un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito castrense.

Por ello consideró que, sobre la base de que en el ámbito militar las órdenes se cumplen de modo cierto, el art. 514 consagró legislativamente un supuesto de autoría mediata. Interpretó asimismo, que dicha disposición supone enrolarse en el criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación.

Sostuvo, asimismo, que las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio, en el sentido del art. 868 del Código de Justicia Militar y con el alcance otorgado a esta expresión por la Corte Suprema en Fallos: 200:69; 242:176; 250:22 y muchos otros. Se afirma, al respecto, que los procesados se encontraban en pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas y que, en su carácter de comandantes en jefe, emitieron las órdenes ilícitas dentro del marco de operaciones destinadas a combatir a la subversión terrorista, actividad, esta última, que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos le correspondía desempeñar.

Los señores jueces, entendieron que no era inconciliable la autoría mediata prevista en el artículo 514 con la posible existencia de un autor inmediato que sea penalmente responsable, porque los hechos acreditados no fueron el producto de la decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas implementaron a través de la organización militar, resultando, en consecuencia, responsables por ellos en la medida en que mantuvieron siempre el dominio de los hechos con independencia de la responsabilidad que pudiere haber a sus subordinados.

Es decir que, a criterio de la Cámara, los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores, hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, elementos, etc., que supone toda operación militar sin cuyo concurso, los hechos no hubieran podido haber ocurrido.

Señaló el a quo, que debía tenerse igualmente presente que los procesados no sólo dirigían sus respectivas fuerzas sino también a las de seguridad, ya que se habían erigido en la única fuente de poder en la República, con lo que no existía autoridad que pudiera contener lo que acontecía.

Y en este contexto, concluyeron los jueces, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor quien sólo desempeña el rol de un mero engranaje fácilmente sustituible dentro de una gigantesca maquinaria.

b) Fundamentos de los recursos extraordinarios

Contra este aspecto de la decisión se agraviaron las defensas de Jorge Rafael Videla, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini.

b.1) Defensa de Jorge Rafael Videla.

Entiende que la atribución de la responsabilidad que se le ha efectuado, comporta inequívocamente, una extensión del concepto de autor violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional.

Expone su parecer sobre las circunstancias en que órdenes delictivas, como las que la Cámara expuso y caracterizó puedan ser órdenes del servicio. Advierte que si bien el cumplimiento de las órdenes hace a la esencia de la institución militar, no es menos cierto, que el poder de inspección de la legitimidad de la orden, aunque limitado, existe porque la obediencia es importante, pero no siempre más que la juridicidad. De este análisis concluye, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 23.049, que el subordinado debe responder del delito cometido, si tuvo capacidad decisoria, conoció la ilicitud de la orden, o si ésta importaba la comisión de hechos atroces o aberrantes, y así arriba a lo que considera el meollo de la cuestión.

Asevera que si algunos ejecutores de órdenes son responsables, quiere decir que a su respecto no se aplica el art. 514, sino las reglas de la participación criminal.

Entiende que resulta contradictorio, y por ende arbitrario, que a los jefes que impartieron órdenes atroces se les aplique el art. 514 por considerarlas órdenes del servicio y simultáneamente se trate a los ejecutores según las reglas de la participación.

Por ello afirma, que deben adoptarse exclusivamente las disposiciones del Código Penal, al que remite el art. 513 del Código de Justicia Militar, y, en consecuencia, aplicar el principio de la participación en la ejecución del hecho para atribuir la autoría, y el principio de la prestación de auxilio y cooperación al autor para definir la complicidad.

Entiende, que el criterio utilizado por la Cámara para determinar la autoría, tiende a diluir los límites formales de los delitos, afectando por ende, el principio de legalidad, que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Expone asimismo, que la autoría mediata presupone un ejecutor irresponsable.

Agrega, que la condena tampoco puede sustentarse en la instigación, porque el instigador infunde el dolo, lo cual no ha sido acreditado, y que mal puede hablarse de coautoría, porque el coautor debe ser ejecutor y está claro que quien da la supuesta orden no lo es.

b.2) Recurso extraordinario de Roberto Eduardo Viola.

En el recurso intentado por Roberto Eduardo Viola, se afirma que la teoría de la autoría mediata siempre se utilizó para señalar el delito no cometido con las propias manos, sino a través de instrumentos que pueden ser seres humanos inocentes y también los incapaces desde el punto de vista penal, pero no puede aplicarse ese concepto cuando la acción la realiza una persona consciente del acto que realiza y de su significado normativo.

Sostiene, que el art. 514 no se refiere a la autoría, sino sólo a la responsabilidad del superior que dio la orden y a la irresponsabilidad del que la cumple, salvo exceso.

Asevera además, que la citada norma no resulta aplicable: 1) porque no hubo órdenes; 2) porque aún admitiendo que las hubiera no se individualizaron cuáles fueron en cada caso concreto los autores ni quiénes las ejecutaron; 3) porque al no haberse determinado el autor material resulta imposible establecer si recibió la orden que se atribuye al enjuiciado u otra orden distinta; y 4) porque en tales condiciones resulta imposible establecer si lo ocurrido ha sido un exceso o un acto ajeno y distinto al ordenado por el Comandante en Jefe.

Señala, que en la tarea de conducción, la utilización de terceras personas, de máquinas, etc., puede ser fuente de responsabilidad civil, y nunca penal ni mucho menos dolosa.

b.3) Recurso extraordinario interpuesto por Armando Lambruschini.

Afirma el apelante, que no se podía aplicar simultáneamente la parte especial del Código Penal para calificar los hechos y la parte general de la ley militar para caracterizar al autor de esos hechos, y que hacerlo importa una aberración jurídica.

Además entiende, que se interpreta el artículo 514 en forma extensiva, pues ese artículo no es diferente en su alcance del último párrafo del art. 45 del Código Penal. Aclara, que a pesar de que la Cámara lo invoca para fundar la responsabilidad que atribuye a Lambruschini, en realidad esa norma sólo pretende contemplar la situación de los subordinados que reciben una orden del servicio. Añade, que el artículo 514 del Código de Justicia Militar no se refiere al militar que imparte la orden sino a quien la recibe, con lo cual queda a la vista la contradicción en que parece caer la sentencia cuando más adelante alude a quienes cumplieron esas órdenes.

Sostiene que, de acuerdo al art. 514, debía primero establecerse el supuesto delito identificando a la persona de su autor, comprobando a continuación la orden recibida por éste, y avanzando a continuación hasta el superior que concretamente la impartió.

Los restantes agravios expuestos por los apelantes sobre el tema de la autoría se dirigen, no ya a cuestionar el alcance del art. 514, sino a considerar arbitraria la aplicación en subsidio del art. 45 del Código Penal, aspecto éste, en el que el recurso no fue concedido.

c) Procedencia formal

Establecida la competencia de la jurisdicción militar para intervenir en esta causa, decisión no sólo del tribunal interviniente sino reclamada por los imputados, no cabe duda de que los actos enjuiciados deben reputarse actos de servicio, pues como afirmó V.E. el 16 de mayo de 1985 en la causa G.134 XX "Giorgi, Alfredo Antonio", la desviación que pueda haberse operado en la prestación del servicio militar al destinárselo a la persecución, secuestro, tormentos y muerte de personas, no quita que los actos de esa índole llevados a cabo por militares o empleados militares sean actos de servicio (doctrina de Fallos: 4:225; 27:110; 242:136). Con lo que, a mi juicio, asiste razón a la Cámara cuando afirma que las normas que rigen el caso son las establecidas por el Código de Justicia Militar.

Tradicionalmente la Corte había señalado que la interpretación de las normas de ese Código hecha por los tribunales castrenses no resultaba revisable en esta instancia extraordinaria (Fallos: 149:175; 155:217; 165:166; 181:299; 224:664; 225:51; 228:124).

En el fallo citado en primer término, la Corte expuso los argumentos que dieron origen a dicha decisión, afirmando que la jurisdicción militar es exclusiva del Comandante en Jefe y excluyente con relación al Poder Judicial de la Nación que no podría revisar la interpretación y aplicación hecha por aquélla de las materias contenidas en sus propios Códigos.

Entiendo, sin embargo, que a partir de la sanción de la ley 23.049 esa jurisprudencia ha perdido su fundamento. La decisión del legislador de establecer una instancia judicial, modifica la situación que la Corte había tenido en cuenta y conduce a descartar la aplicación de la doctrina jurisprudencial citada.

En el mismo sentido V.E. se pronunció implícitamente al resolver la causa F.296, LXX, Recurso de Hecho "Fernández Meijide, Pablo s/averiguación por privación ilegítima de la libertad", sentencia del 22 de agosto de 1985.

Opino, en consecuencia, que el planteo efectuado suscita cuestión federal suficiente para su tratamiento en esta instancia.

Considero, por otra parte, que la falta de introducción oportuna de la cuestión no resulta óbice, pues la decisión se fundó en la interpretación de la norma federal que ahora se impugna (Fallos: 300:902, sus citas y otros).

d) Procedencia de los agravios

d.1) Interpretación del art. 513.

El art. 513 del Código de Justicia Militar dispone que en los delitos de jurisdicción militar la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas infracciones. Precisamente el art. 514 trae una norma específica que hace una excepción a la remisión genérica del artículo anterior estableciendo la responsabilidad del superior por la orden delictiva.

La defensa de Videla, según ya lo he transcripto, afirmó que resultaría contradictorio y, por ende, arbitrario, que a los jefes que impartieron órdenes atroces se les aplicara el art. 514 por ser órdenes de servicio y a los ejecutores las reglas de la participación previstas en el Código Penal.

En el recurso de Lambruschini se advierte que no se podría aplicar simultáneamente la parte especial del Código Penal para

calificar los hechos y la parte general de la ley militar para caracterizar al autor de esos hechos y que hacerlo importa una aberración jurídica.

A mi modo de ver, las interpretaciones postuladas no se ajustan al texto de la ley vigente.

En efecto, el Código de Justicia Militar en lo referido a la autoría y participación incorpora mediante una resolución expresa los conceptos que sobre el tema se incluyeron en el Código Penal y establece que los mismos serán aplicables en la órbita castrense en combinación con los supuestos de excepción que el mismo Código prevé.

Los arts. 45 del Código Penal y 513 del Código de Justicia Militar son dos disposiciones de la misma jerarquía normativa dentro de un idéntico sistema jurídico que regulan el tema de la responsabilidad criminal, estableciendo expresamente una compatibilización de sus contenidos.

Opino, en consecuencia, que corresponde confirmar en este punto la sentencia dictada.

d.2) Interpretación del art. 514

El art. 514 establece: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden".

La simple lectura de la norma mencionada permite descartar algunas de las afirmaciones efectuadas en los recursos extraordinarios intentados por Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini.

El primero de ellos afirma que el artículo 514 no se refiere a la autoría, sino que alude exclusivamente a la responsabilidad del

superior que dio la orden y a la irresponsabilidad de quien la cumple, salvo exceso.

En el recurso intentado por la defensa de Lambruschini se afirma que esa disposición no se refiere al militar que imparte la orden sino a quien la recibe.

Resulta claro que la interpretación postulada por la defensa de Lambruschini no se compadece con el texto legal. La primera parte de la norma se dirige precisamente a contemplar la situación del superior que emitió la orden de realizar la acción que constituye un delito.

Reiteradamente V.E. ha dicho que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Sentencia del 11 de junio de 1985 *in re* A.222, L.XX "Agencia Nórdica S.A. s/apelación", sus citas y otros) y, en mi entender, no cabe duda de que una interpretación meramente gramatical del texto del art. 514 conduce inequívocamente a establecer que éste configura un concepto de autoría válido para el ámbito castrense.

Pienso, en efecto, que si la norma preceptúa la responsabilidad del superior cuando por su orden se ha cometido un delito, sólo puede interpretarse que la responsabilidad a la que se refiere es a la criminal y con ello está disponiendo que es *autor del delito*.

Si el artículo en análisis prevé la posibilidad de que por un hecho únicamente sea responsable el superior que lo ordenó, debe inferirse necesariamente de esa regla que quien dio la orden es el *autor del delito*.

Una interpretación sistemática que toma en cuenta el funcionamiento del ordenamiento jurídico que regula la actividad castrense confirma la interpretación literal efectuada.

Así lo considero, teniendo en cuenta que la subordinación y la obediencia son elementos distintivos de la condición de los "subalternos" a la que se refiere el art. 877 del Código de Justicia Militar.

En este sentido V.E. afirmó que la disciplina militar tiende a obtener el estricto cumplimiento de los deberes que incumben al personal de la institución para asegurar la eficacia de la misma, y que el Código de Justicia Militar no es en definitiva sino una ley de disciplina sin otro objeto que el de mantener esta última (Fallos: 210:1266).

Otras normas reflejan también esta particularidad del Código castrense, que tiene por objeto imponer el estricto cumplimiento de los deberes inherentes a la disciplina y a la subordinación para asegurar la eficacia de las Fuerzas Armadas, como lo son, sin duda, la ley 19.101 y la reglamentación de la justicia militar citadas por el *a quo*.

Cabe asimismo poner de relieve que en ese ámbito, la desobediencia no es sólo una infracción a un deber o una falta administrativa, sino que constituye un delito previsto en los arts. 667 y 674 del Código de Justicia Militar, y es precisamente sobre la base de estas particularidades que determinan la seguridad del superior sobre el cumplimiento de las órdenes que emite, que el art. 514 lo declara autor de los delitos que haya ordenado.

El completo y exhaustivo análisis histórico y de derecho comparado efectuado por el *a quo* confirman la tesis que vengo exponiendo. En tal sentido la Cámara destacó que ya en el Derecho Romano era conocida la regla de Ulpiano según la cual quien manda cometer un homicidio debe responder como si él lo hubiera ejecutado, y que cuando un esclavo comete algún delito por mandato del señor, ambos deben ser considerados autores del mismo.

Señaló también que el número XII del título V del libro VI del Libro de los Jueces dispone, "el que manda o conseie fazer omezillio, es mas enculpado que aquel que lo feze de fecho".

Recordó asimismo el *a quo* a fs. 29.792 normas similares afirmadas por los prácticos y en el derecho canónico, citas a las que se da por reproducidas en homenaje a la brevedad.

Cabe también remitirse a fs. 29.790 de la sentencia para destacar que el art. 514 registraba antecedentes en el derecho penal militar argentino.

Cierto es igualmente lo señalado por el *a quo* en el sentido de que la atribución de responsabilidad como autor al superior que impartió las órdenes es una regla vigente en muchas otras legislaciones. Normas de ese tenor se encuentran en el Código de Justicia Militar Alemán de 1872, en la Ley del Soldado de 1956 de Alemania Federal; en la Ley Penal Militar de 1957 del mismo país, en la Ley de Organización Judicial y de Competencia Militar de Bolivia de 1904, en el Código de Justicia Militar de Perú de 1963; en el Código Militar del Brasil de 1944; en el Código de Justicia Militar de Venezuela de 1938; en el Código Penal Militar de Suiza de 1927; en el Código de Justicia Militar de Colombia de 1958; en el Código Penal de Turquía de 1930 y en el Código de Justicia Militar de Italia de 1941.

Entiendo en consecuencia, que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto interpretó que la responsabilidad del superior que dio la orden, establecida en el art. 514 del Código de Justicia Militar, importa atribuir a éste la autoría del delito cometido por su subordinado.

Jorge Rafael Videla y Roberto Eduardo Viola afirman que no puede admitirse que éste es un caso de autoría mediata, pues en esta categoría el autor material resulta irresponsable.

Con relación al punto considero necesario recordar que las categorías de autor mediato y coautor no surgen de la ley sino de la doctrina. No constituyen supuestos diferenciados por la ley, sino que son clasificaciones estipuladas por los intérpretes para aclarar los conceptos normativos.

Hecha esta distinción, cabe señalar, que todas las teorías que interpretan el art. 45 del Código Penal admiten en ciertos casos la posibilidad de considerar autor a quien no realiza en forma personal la acción que produce el resultado típico.

Aún los autores argentinos que sostienen la teoría formal objetiva, afirman, que se puede ser autor de un delito a pesar de que otro sea su ejecutor material. Ello ocurre siempre que una persona se vale de otra como de un instrumento para ejecutar el delito (conf. Ricardo C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, págs. 280/283; Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, págs. 254/255).

Se diferencia tradicionalmente esta clase de autores del coautor. Soler afirma que el coautor no es un autor mediato, sino un autor inmediato. "Se caracteriza, pues, porque su acción y su responsabilidad no dependen de la acción o la responsabilidad de otros sujetos". Verdadero coautor es aquel que sigue siendo autor aún cuando hipotéticamente se suprime otra participación (op. cit., tomo II, págs. 251/252).

Autores penales que siguen la teoría del dominio del hecho, afirman que es coautor precisamente quien comparte con otros ese dominio.

Los teóricos del Derecho Penal que analizan la responsabilidad criminal de quien tiene el dominio de las acciones delictivas, mediante el uso de un aparato de poder, consideran que es un autor mediato, así Roxin, Stratenwerth, Schmidhäuser, Sierra y Bacigalupo, con excepción de Jescheck, quien lo ubica como coautor.

Desde mi punto de vista el art. 514 se limita a consagrar la autoría del superior que imparte la orden, sin establecer, como tampoco lo hace el Código Penal en el art. 45, si es un autor mediato o un coautor. Resulta evidente que si se satisface la exigencia legal es posible aplicar una pena, aún cuando se discrepe con la clasificación doctrinaria que, correspondería.

Debe descartarse así la interpretación referida en ese sentido en los recursos intentados por Jorge Rafael Videla y Roberto Eduardo Viola.

Por otra parte, el hecho de que la Cámara haya tenido por acreditado que los Comandantes habían aprobado un plan general

de actuación, y no una orden específica para un caso individual, en nada altera la aplicación al mismo del art. 514 como pretende la defensa de Armando Lambruschini. No advierto, ni el recurrente señala, razón alguna que permita diferenciar lo que la ley no distingue.

Además, las características de la relación de mando y subordinación determinan que el inferior debe obedecer tanto las órdenes de carácter individual como las de carácter general a las que ya nos hemos referido.

Establecido así, que la regla del art. 514 supone un caso de autoría específicamente vigente para el ámbito militar, entiendo que carece de asidero lo afirmado en los recursos extraordinarios de Jorge Rafael Videla, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini, en el sentido de que lo decidido resulte violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional, pues no sólo no se extiende el concepto de autor creado por la ley, como ellos aducen, sino que, por el contrario, se utiliza la noción específicamente establecida en la ley militar para ese ámbito.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar en este punto el pronunciamiento apelado.

III

Prescripción de delitos

En el remedio intentado por la defensa de Orlando Ramón Agosti se destaca que la Cámara consideró prescriptos los delitos de privación de libertad que se tuvieron por acreditados, en razón que el máximo de pena aplicable alcanzaba a 6 años, y que ese lapso había transcurrido en exceso entre la fecha de comisión de los delitos y la declaración indagatoria. Afirma que esta decisión, que se basa en la "teoría del paralelismo" debía llevar a idéntica conclusión respecto de los delitos de robo que se tuvieron por acreditados, pues los mismos también tienen un máximo de 6 años.

Por ello estima arbitrario que la Cámara haya condenado por estos últimos delitos ya que, de acuerdo con los propios fundamentos de la sentencia, se encuentran prescriptos.

Por su parte, el Ministerio Público afirma que el fallo toma como fecha de finalización de las privaciones de libertad la de mayo de 1978, época en que fue destruido el centro de detención llamado Mansión Seré, sin advertir que en algunos supuestos esto carece de fundamento. Entiende la Fiscalía que no puede tratarse del mismo modo casos de personas que recuperaron su libertad y aquellos otros, como los de Juan Carlos Brid, Alejandro Marcos Astiz y Adrián Horacio García Pagliaro, de los que aún hoy se ignora su paradero.

En este sentido el Ministerio Público recuerda la doctrina sentada por esta Corte en Fallos: 306:665, según la cual, el delito de privación de libertad, dado su carácter permanente, se comete en todos los instantes en los cuales se mantiene la acción delictiva.

Agrega que, en ese mismo fallo se declaró, que cuando no aparece acreditado el momento en que ese ilícito dejó de cometerse, debe reputarse como fecha del cese la de la asunción del mando de las nuevas autoridades constitucionales, por cuanto es recién a partir de ese momento que se puede afirmar, sin ninguna duda, que en la República no existen cárceles clandestinas ni subsisten posibilidades materiales de seguir cometiendo tales hechos (Fallos: 306: 665).

En tales condiciones, sostiene la Fiscalía, considerar que la fecha en que fue destruida la Mansión Seré coincide con aquella en que culminó la privación de libertad de las tres personas de las que aún hoy se ignora el paradero, resulta una afirmación dogmática carente de sustento en las constancias de la causa.

Insiste en que el *dies a quo* de la prescripción ha de fijarse necesariamente en la fecha en que Orlando R. Agosti cesó en el Comando en Jefe de su Fuerza, esto es, en enero de 1979 y puntualiza que esta forma de computar el plazo, además de impedir

que se consideren prescriptos los delitos de privación ilegal de la libertad en perjuicio de Brid, Astiz y García Pagliaro, obsta a la prescripción del mismo ilícito respecto de los otros ocho liberados, cuyo plazo se ve interrumpido entonces, por la comisión de otros delitos.

A mi modo de ver ambos planteos resultan procedentes y conducen a la revocación de la sentencia dictada en lo que a ellos se refiere.

La eventual posibilidad de que V.E. decida hacer uso de las facultades que le asigna el art. 16 de la ley 48, segunda parte, hace que me vea obligado a precisar algunos aspectos adicionales sobre el tema.

Cabe puntualizar, en tal sentido, que al no haberse demostrado el momento en que cesaron las tres privaciones de libertad mencionadas, los delitos no estarían prescriptos, ya que a efectos de considerar los plazos de la prescripción con respecto a la situación de Orlando Ramón Agosti el punto de arranque debe situarse en enero de 1979, cuando dejó el Comando en Jefe de su Fuerza y, en consecuencia, perdió todo posible dominio de la acción.

A su vez, la comisión de estos delitos conduce a que no puedan considerarse prescriptas, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 67 del Código Penal, las restantes ocho privaciones de libertad.

Lo mismo ocurre con relación a los delitos de robo, cuestión sobre la cual, si bien, como sostuve anteriormente, corresponde admitir el agravio traído por la defensa del Sr. Agosti, la revocación de la sentencia sobre el punto reaviva la previsión punitiva mantenida por la Fiscalía al contestar el recurso extraordinario (fs. 30.597).

IV

Casos en que la Fiscalía no formuló acusación

La Cámara concedió los agravios expuestos por el defensor de Roberto Eduardo Viola referidos a Mario Osvaldo Romero (Nº 330)

y Guillermo Rolando Puerta (Nº 533), por los que había sido condenado sin que mediara acusación fiscal.

Opino, que la ausencia de requisitoria fiscal concreta impide arribar a un fallo condenatorio en ambos casos, por lo que corresponde dejar sin efecto la sentencia en cuanto condena a Roberto E. Viola por los delitos de los que fueron víctimas Mario Eduardo Romero y Guillermo Puerta.

V

Caso de Mario José Miani (571)

En el recurso extraordinario interpuesto por Roberto Eduardo Viola se afirma que la Cámara dio por probado que Mario José Miani fue aprehendido por efectivos militares el 9 de agosto de 1978 y que habría muerto en un presunto enfrentamiento el 19 de diciembre de ese año, pero el fallo concluye que la prueba acumulada en la causa no contiene "ninguna mención sobre la permanencia de Miani en algún lugar de detención, lo que impide sostener —pese a las graves sospechas— que estuvo en cautiverio ininterrumpido hasta la fecha del fatal enfrentamiento".

De esta afirmación del *a quo* infiere el recurrente, que si sólo se puede afirmar que fue detenido el 9 de agosto, no se puede descartar que estuviera en libertad antes del 21 de octubre de 1978, por lo que la acción estaría prescripta ya que la indagatoria se realizó el 22 de octubre de 1984.

Sin embargo, el apelante no se hace cargo de que su defendido fue condenado por otros delitos, cometidos con posterioridad a octubre de 1978, los cuales en los términos del art. 67 del Código Penal han interrumpido la prescripción.

Por su parte la Fiscalía afirma que resulta autocontradictorio y por ende, arbitrario, condenar a los acusados por la privación de libertad y absolverlos por el homicidio de Mario José Miani. Destaca que la Cámara tuvo por probado, que personal bajo comando

del Primer Cuerpo de Ejército, privó de su libertad a Miani mientras se encontraba internado en el hospital de San Isidro. El tribunal descartó la excusa alegada de que en realidad Miani fue rescatado del hospital en un operativo montado por las fuerzas de la subversión. Sobre la base de varios indicios el *a quo* desechó también que la muerte de Miani haya sido producto de un enfrentamiento con fuerzas conjuntas y consideró en cambio que esa muerte fue consecuencia de la actividad dolosa de quienes lo tenían cautivo de manera clandestina.

Ello no obstante, y pese a que todo el razonamiento apunta a concluir que se trata de un homicidio, en el penúltimo párrafo del tratamiento del caso, la Cámara entiende que la falta de prueba de la permanencia de la víctima en un centro de detención, impide sostener que estuvo en cautiverio ininterrumpido hasta la fecha del falso enfrentamiento.

Aprécia la Fiscalía, que esta conclusión no se compadece con los razonamientos que la preceden, ni tampoco, con los que se utilizó en la resolución de otros casos de este proceso. Destaca, en tal sentido, que la Cámara no consideró necesaria la prueba de la permanencia en cautiverio en el caso del múltiple homicidio acaecido en la localidad de Fátima (41 al 71), ni en otros como Floreal Avellaneda o Zieschank.

Agrega, que la solución a la que se arriba, equivale a invertir la carga de la prueba en perjuicio del Ministerio Público, y que además, la Cámara omitió analizar una carta firmada por Suárez Mason de la que surge la permanencia en cautiverio de Miani en algún lugar indeterminado dentro de la órbita del Comando de Institutos Militares.

Esta Corte tiene dicho que los procesados deben aportar los elementos para demostrar las razones exculpatorias que invocan y que de esta afirmación no debe inferirse la posibilidad de obligar al procesado a demostrar la falsedad de toda imputación huérfana de apoyo que se le formule, sino la necesidad de acreditar que la defensa que alegue, tiene viso de seriedad suficiente para desvirtuar

los hechos probados por la parte acusadora (conf. sentencia del 11 de septiembre de 1984 en autos I.110, L.XIX, "Industrias Delta S.A.I.C. y otros s/infracción ley 19.359, citada por el recurrente).

Ahora bien, en la causa no existe ninguna prueba que permita suponer que Miani pudo huir de las autoridades militares que lo habían capturado, por lo que esa posibilidad que la Cámara esgrime en favor del reo, reposa sólo en la voluntad de los magistrados que suscriben la sentencia.

A ese vicio, que de por sí descalifica el fallo, debe sumársele la autocontradicción en que incurre el *a quo* al tratar con criterios distintos situaciones similares como las señaladas por el Ministerio Público.

Por todo lo cual opino, que corresponde declarar mal concedido el recurso intentado por Roberto E. Viola en cuanto se refiere a la prescripción de la acción por la privación de la libertad de Mario J. Miani y mantengo el recurso extraordinario de la Fiscalía, solicitando que se deje sin efecto la sentencia en cuanto absuelve a Viola, Lambruschini y Agosti por el homicidio del nombrado.

VI

Caso Fernando Miguel Menéndez (454)

Roberto E. Viola afirma que resulta arbitrario condenarlo por la privación de libertad de Menéndez cuando éste fue retirado del automóvil en que se había introducido para escapar de las fuerzas de seguridad, pues no existen pruebas de que en ese momento permaneciera con vida.

Agrega que los elementos arrimados al juicio acreditan que tanto en la persecución como en el enfrentamiento intervino personal de la Armada Nacional, por lo que, si la privación de libertad existió, no puede atribuirse al Comandante en Jefe del Ejército sino eventualmente al de la Marina.

La Fiscalía, por su parte, señala que la Cámara tuvo por probada la privación de libertad de Menéndez por un plazo de ocho días, pese a reconocer el carácter necesariamente letal de la herida que presentaba en la cabeza.

Advierte, que si el disparo hubiera sido hecho en el momento de la aprehensión, el carácter mortal de la herida excluye la privación de la libertad.

Agregan los representantes del Ministerio Público ante la Cámara que, excluida la posibilidad de que el tiro hubiese sido inferido en el acto del enfrentamiento y acreditada por el *a quo* la privación de la libertad por 8 días, sólo cabe concluir que Menéndez fue ultimado en forma alevosa luego de su captura.

Por todo lo cual estima la Fiscalía, que resulta arbitraria la absolución dictada sobre el homicidio de Menéndez.

A ello agrega, que las constancias de la causa que cita, determinan que el personal de la Armada fue responsable de la captura, por lo que, si no se admitiera el criterio de la coautoría de los tres comandantes sostenido por la Fiscalía, el responsable del hecho no sería Roberto Eduardo Viola sino Armando Lambruschini.

Advierto en el fallo una contradicción, o bien Menéndez estaba con vida, y entonces se lo privó de su libertad y luego se lo ultimó, o bien murió en el enfrentamiento y en consecuencia no se cometió ninguno de los dos delitos.

Entiendo, sin embargo, que la existencia de un comunicado que da cuenta de su muerte en un enfrentamiento ocurrido ocho días después de haber sido retirado el automóvil, y la presencia de rastros de pólvora en la región parietal, constituyen indicios que conducen a tener por acreditada la comisión del hecho descrito en el tipo penal que reprime el homicidio.

En tales condiciones, considero un deber de este Ministerio Público mantener viva la pretensión punitiva del Estado, con el fin de que V.E. resuelva la cuestión en forma definitiva.

Por ello, mantengo en esta instancia los agravios planteados por la Fiscalía de Cámara con relación al caso.

Cabe agregar, finalmente, que asiste razón al recurrente sobre la existencia de indicios que vincularían el caso con personal de la Armada, pero esta circunstancia sólo resultaría relevante para modificar el decisorio si V.E. no llegara a acoger los agravios del Ministerio Público acerca de la responsabilidad del imputado a) como integrante de la Junta Militar y b) como Comandante en Jefe de la Fuerza que tuvo a su cargo la coordinación.

VII

Omisión de tratamiento de las falsedades documentales

La sentencia afirma, que para tener por acreditada esa clase de delitos resulta indispensable contar con el documento genuino en el que conste la falsedad y señala que la acusación sobre el punto, se basa en respuestas mendaces a requerimientos judiciales que "están contenidas, en su mayor parte, en telegramas telex, sin firmas ni referencias de la persona responsable de una noticia allí contenida".

La Fiscalía pone de relieve, que esos mismos telegramas guardaban autenticidad suficiente como para que el juez recepcionante rechazara el recurso de hábeas corpus basándose en lo que ellos consignaban, pero se agravia de que el tribunal haya omitido analizar las respuestas que no se encontraban contenidas en telex sino en documentos públicos, "la menor parte", por así decirlo, de los obrantes en los expedientes judiciales referidos a lo largo de la acusación. Enumera una serie de 20 documentos identificados, por los que fueron objeto de acusación los procesados y que no han sido tenidos en cuenta por el tribunal al momento de adjudicar responsabilidades. Nada se dice sobre estas respuestas mendaces en el capítulo referido a las falsedades ideológicas fs. 29.778 vta.

Entiendo que en este punto, asiste razón a la parte acusadora pues es cierto que el *a quo* omitió analizar la veracidad de los documentos que la Fiscalía identifica como c), f), h), i) y j).

Asimismo, sin dar razón alguna, prescindió del análisis de la responsabilidad penal de los acusados en los otros quince casos de documentos cuya falsedad se tuvo por acreditada y, respecto de los cuales, no resulta aplicable el criterio referido a los telegramas.

Opino por lo expuesto, que corresponde revocar el fallo en cuanto absuelve por la comisión de las señaladas falsedades documentales.

VIII

CONCLUSION

Por todo lo expuesto considero que:

1º — Corresponde confirmar la sentencia en cuanto descartó la inconstitucionalidad de la ley 23.040.

2º — Corresponde confirmar la interpretación de los artículos 513 y 514 del Código de Justicia Militar realizada por el *a quo*.

3º — Corresponde dejar sin efecto el fallo apelado en cuanto considera prescriptos los delitos de privación ilegal de libertad de los que resultó responsable Orlando Ramón Agosti.

4º — Corresponde dejar sin efecto el decisorio en cuanto condenó a Roberto Eduardo Viola por los delitos de los que fueron víctimas Mario Eduardo Romero y Guillermo Puerta.

5º — Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento en cuanto consideró no probado los homicidios de Mario José Miani y Fernando Miguel Menéndez.

6º — Corresponde dejar sin efecto la sentencia en cuanto omite el tratamiento de las falsedades documentales que he señalado. Buenos Aires, 15 de septiembre de 1986. — *Juan Octavio Gauna*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, diciembre 30 de 1986.

Vistos los autos: "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional".

Considerando:

1º) Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, mediante la cual se condenó a Jorge R. Videla a reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua por la comisión de 66 homicidios doblemente calificados por alevosía e intervención de 3 o más personas, 4 tormentos seguidos de muerte, 93 tormentos, 306 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencias y amenazas y 26 robos; a Emilio E. Massera a prisión perpetua por 3 homicidios agravados por alevosía, 12 tormentos, 69 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencias y amenazas y 7 robos; a Orlando R. Agosti a 4 años. y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por 8 tormentos y 3 robos; a Roberto E. Viola a 17 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por 11 tormentos, 86 privaciones ilegales de libertad y 3 robos; y a Armando Lambruschini a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por 35 privaciones ilegales de libertad y 10 tormentos; todos con accesoria de destitución; y absolvió a Omar D. R. Graffigna, a Leopoldo F. Galtieri, a Jorge I. Anaya y a Basilio A. Lami Dozo en relación a los delitos que el Poder Ejecutivo ordenó investigar mediante el decreto 158/83.

2º) Que los procesados Videla, Massera, Agosti y Viola plantean la inconstitucionalidad de la ley 23.040 pues entienden que lesiona el principio de irretroactividad de la ley penal al derogar por inconstitucional y anular la ley del gobierno de facto 22.924, que amnistiaba hechos de la índole de los que constituyen el objeto de esta causa. Sus defensores sostienen, en tal sentido, que la última de las leyes citadas debe aplicarse ultraactivamente por ser más benigna, ya que en caso contrario se violaría el art. 18 de la Constitución Nacional. Los recurrentes también arguyen que el art. 2º de la ley 23.040 desconoce la autoridad de la cosa juzgada y, finalmente se agravan por entender que el Congreso Nacional carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y proceder a su anulación. Esgrimen en este punto que, al dictar la ley 23.040, el Poder legislativo ha invadido la esfera del Poder judicial, vulnerando los arts. 18, 67 y 100 de la ley fundamental.

3º) Que, conforme a la doctrina establecida por esta Corte, la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda la reconozca (Fallos, t. 306, p. 174 - causa G.477.XX, "Gómez, Ricardo O. s/ lesiones culposas", fallada el 8 de mayo de 1986; y sus citas). Por ser ello así, en atención a que los argumentos de las defensas al sostener el agravio y los de la Cámara al rechazarlo se dirigen al análisis de la constitucionalidad de la ley de facto 22.924, corresponde previamente analizar si la ley 23.040 que la derogó, afecta alguno de los principios constitucionales articulados, pues sólo en este caso aquélla recuperaría validez.

4º) Que, al respecto, las defensas han señalado que el Congreso Nacional no tiene facultades para anular y declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y que al hacerlo, ha invadido la competencia del Poder judicial; asimismo, que la declaración de nulidad y la disposición que establece que no es aplicable el principio de la ley penal más benigna lesionan el art. 18 de la Constitución Nacional; y, por último, que dicha anulación afecta derechos adquiridos y vulnera el art. 17 de la Carta Magna.

5º) Que el art. 1º de la ley 23.040, que dice: "Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924", remite a la consideración de las atribuciones del Congreso de hacer las leyes de la Nación (art. 67, Constitución Nacional), entre las que están, como contraparte necesaria, aquéllas que lo facultan para derogar -entre otras- las normas que por sus vicios de naturaleza constitucional, no pueden seguir vigentes. Esto conforme al vasto e indudable alcance del poder del órgano legislativo de dictar leyes que organicen, desenvuelvan, apliquen y ejecuten en la práctica las diversas partes de la Carta Fundamental, que tiene como límite el que determinan los principios básicos de la Constitución y la integridad de las garantías y derechos reconocidos en ellas (Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", p. 488, 1897). En cuanto a la anulación consagrada, debe destacarse -como lo hace el dictamen del Procurador General- que tanto ella como la regla del art. 2º de la ley 23.040 apuntan a significar que la derogación que se efectuó tiene efecto retroactivo, lo que, vinculado a las pautas de eficacia de las normas en el tiempo según el art. 3º del Cód. Civil,

resulta válido y no permite inferir que haya existido una inadmisibles intromisión en facultades propias del Poder Judicial, en tanto el Congreso efectuó una valoración pormenorizada de las circunstancias en que se dictó la norma de facto, y buscó privarla de toda eficacia. Tal conclusión es irrevisable porque el principio de la ley penal más benigna (art. 2º, Cód. Penal) no representa una garantía constitucional, sino sólo un criterio del legislador en cuanto a la configuración de derechos subjetivos concretos que está a su cargo mantener o derogar (art. 67, inc. 11, Constitución). Por lo demás, este criterio ha fundamentado otras leyes y decisiones de la Corte Suprema, en cuanto a que, cuando se trata de situaciones extraordinarias, temporarias y concluidas -como las aquí juzgadas- es válido para el legislador apartarse de los principios generales del Código Penal relativos a la validez temporal de las leyes (Fallos: 211:1657; 293:522).

6º) Que, por tales motivos, no resultan atendibles los planteos atinentes a que se violó el art. 18 de la Constitución Nacional al dejar de lado el principio de la ley penal más benigna. En efecto, en el caso no se ha dictado una ley penal posterior al hecho del proceso, sino que se derogó una norma que excusaba hechos ilícitos anteriores, plenamente incriminados al tiempo de su comisión, restableciéndose el sistema vigente; de donde el posible conflicto debe considerarse entablado entre la ley 23.040 y el art. 2º del Cód. Penal. La similar jerarquía de las normas en juego permite, entonces, que la cuestión quede expresamente resuelta por la ley posterior, habida cuenta de que el artículo del Código de fondo citado si lo recoge un principio general fundado en la conveniencia, que puede quedar de lado cuando concurren circunstancias que así lo determinen; sin que corresponda al tribunal juzgar sobre su interpretación y aplicación, por ser ello ajeno a su competencia extraordinaria, en virtud de que se trata de un precepto de orden común (Fallos: 253:93; 274:297).

7º) Que, ello establecido, y en lo atinente a si la ley de facto 22.924 ha permitido adquirir derechos amparados en el art. 17 de la Constitución Nacional, debe en principio recordarse que si bien desde su origen (Fallos: 2:127) esta Corte Suprema y la experiencia jurídica nacional han reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de jure de la legislación de los gobiernos de facto, y el poder de éstos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines; ello ha sido sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas. Tal abuso de poder se configura, entonces, cuando la legislación de facto viola los derechos individuales y los principios básicos de la división de poderes, y cuando se dicta más allá de las necesidades de la propia seguridad jurídica, que se integra con los objetivos revolucionarios formalmente declarados.

8º) Que, en este sentido, la ley de facto 22.924 es el resultado del abuso del poder, porque no solo se aparta del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional -que autoriza únicamente al Congreso para dictar la ley penal- sino que también contraría las exigencias del art. 1º de la ley fundamental en punto a la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de los poderes, garantizadas al culminar el art. 29 con la nulidad de aquellos actos que importen conferir a los gobernantes la suma del poder público. Asimismo, esta desviación ha desnaturalizado los propósitos declarados por el gobierno de facto, entre los que se hallaban el fortalecimiento y la estabilidad de la democracia republicana y la erradicación de la subversión (confr. art. 1º del "Acta fijando el Propósito y los Objetivos Básicos para el Proceso de Reorganización Nacional"), esto último, al pretender imponer el olvido sobre los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva (art. 1º, ley de facto citada) Por estas consideraciones, no puede existir un derecho de propiedad -como por extensión del art. 17 de la Constitución se ha interpretado en los recursos- ni aducirse el cercenamiento de derechos adquiridos mediante la ley de facto 22.924, que pretendió excusar de responsabilidad penal a quienes abusando del poder político, cometieron graves crímenes comunes.

9º) Que, entonces, y por ello, resulta inadmisibles que el tribunal considere el planteamiento referente a la vulneración del principio de la cosa juzgada. Además, los recurrentes no exhiben sentencia judicial, administrativa o disciplinaria que, por aplicación de la ley de facto 22.924, dé sustento a sus pedidos, por lo que, en tales condiciones, los agravios que formulan no exceden de lo meramente conjetural y se basan en consideraciones generales extrañas a su situación procesal real (causa B.379.XX, "Bertolini, Teófilo C. M. s/ causa 16.169", fallada el 17 de setiembre de 1985). Lo expuesto -en lo que concierne a los planteos del procesado Massera- habida cuenta de que conforme lo explica, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas anuló la sentencia que lo sobreseyera definitivamente por aplicación de la llamada "ley de pacificación nacional", e interpuesto contra dicho fallo el recurso extraordinario,

no llegó hasta la Corte Suprema "por vencimiento del término", con lo que cobró firmeza la decisión anulatoria.

10) Que las defensas de los condenados Videla, Viola y Lambruschini afirman que la aplicación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar efectuada en la sentencia es arbitraria, porque resulta contradictorio que para los ejecutores que resulten responsables se utilicen las reglas que sobre la participación prevé el Código Penal, y para quienes impartieron las órdenes, lo dispuesto en la norma castrense citada. Reclaman por ello que se resuelva mediante el derecho penal común en ambos casos, y sostiene que el art. 514 del Cód. de justicia Militar no contempla un supuesto de autoría, sino que establece una ficción de responsabilidad referente sólo a los subordinados, por lo cual al emplearlo para calificar la conducta de sus asistidos, se ha realizado una interpretación extensiva, que afecta la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional. Estas defensas -y la del encausado Massera- arguyen que el sentenciante incurrió en similares vicios en el análisis extensivo que hizo del art. 45 del Cód. Penal.

11) Que los recursos son admisibles en tanto se encuentra en juego la interpretación de normas de carácter federal. Si bien la Corte Suprema había establecido que la jurisdicción ejercida por los tribunales militares no es la del art. 100 de la Constitución Nacional, y que, por tal motivo carecía en lo referente a la interpretación de las normas castrenses de las facultades de revisión que posee respecto del resto de las leyes federales (Fallos: 149:175; 175:166), no corresponde mantener tal criterio, habida cuenta de que con la sanción de la ley 23.049 se ha instrumentado una instancia de apelación judicial ordinaria de los fallos dictados por los tribunales militares (doctrina de la causa C.368.XX, "Capitán Jorge Santa Ana y otros s/ abandono de personas y encubrimiento", fallada el 27 de junio de 1985). Por lo tanto, al estar cuestionada la inteligencia de normas de carácter federal, y haber sido la decisión adversa al derecho invocado por los recurrentes, procede la apertura del recurso extraordinario (art. 14, inc. 3º, ley 48).

12) Que la sentencia del a quo ha dado por demostrado que en fecha cercana al 24 de marzo de 1976, algunos de los procesados, en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban prefentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar del alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados de el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno. Para permitir su cumplimiento, los comandantes dispusieron que los ejecutores directos fueran provistos de los medios necesarios: ropa, vehículos, combustible, armas, municiones, lugares de alojamiento de los cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera. Finalmente, se dio por probado que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que pueden considerarse -como los robos producidos- consecuencia del sistema adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en gran número de casos, en los centros militares que utilizaban como base de operaciones los grupos encargados de capturar a los sospechosos.

13) Que en base a esta plataforma fáctica, y al entender el a quo que los hechos eran de jurisdicción militar por aplicación de los arts. 108 del Código castrense y 10 de la ley 23.049, analizó el encuadramiento de la conducta de los procesados de acuerdo con las reglas de los arts. 513 y 514 del Cód. de Justicia Militar. Sostuvo así que el primero de dichos artículos -contenido en el cap. II, "Complicidad", del título I, libro I, tratado tercero- establece que en los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las pautas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas situaciones; y que el art. 514 es la excepción a esta regla, pues determina que en los delitos cometidos por la

ejecución de una orden del servicio, el único responsable es el superior que la dio; a quien asignó carácter de autor mediato por aplicación del principio del dominio del hecho -que consideró esencial para la determinación de aquél- estimando que coexiste con el autor inmediato voluntario y consciente de la ejecución. También ponderó que el art. 514 del Código castrense se aparta de los lineamientos de la teoría formal objetiva en materia de autoría, por lo que adopta el criterio objetivo material del dominio del hecho, basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar, que exige cabal obediencia del inferior jerárquico y férreo cumplimiento de la disciplina, mantenidas mediante la seguridad de que las órdenes van a ser obedecidas bajo amenaza de sanciones -arts. 667 y 674- y exclusión de reclamaciones suspensivas del cumplimiento -art. 675-. Concluyó afirmando que el art. 514 contiene un supuesto de autoría mediata y que, además, las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto del servicio en el sentido del art. 878 del Cód. de Justicia Militar, con el alcance que esta Corte habría otorgado a esa norma del ordenamiento castrense, ya que los procesados estaban en pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas y en su carácter de Comandantes en Jefe emitieron las órdenes ilícitas con motivo de las operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista.

14) Que la interpretación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar que ha efectuado el a quo, no resulta adecuada a derecho. En efecto, tal artículo dispone que cuando se cometiera delito por una orden del servicio; será único responsable el superior que dio la orden, en tanto que el subordinado será considerado cómplice, cuando se hubiere excedido en su cumplimiento. Del texto surgen, pues, tres hipótesis: la primera de ellas, mira exclusivamente al superior y le traslada la responsabilidad por el delito comprendido en la orden del servicio, ya sea porque supone el error del inferior, o bien porque el acto importa un abuso conexo e inmediatamente vinculado a la orden del servicio conforme a su carácter corriente, y relativo a la actividad militar en la esfera que le es propia; pero no, en cambio, cuando en tiempo de paz, la orden importa la comisión de un hecho contra la vida o la libertad, como sería el caso de los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos, referidos a personas no sometidas a la jurisdicción militar ni vinculada a la vida castrense. Ello es así, ya que si bien las órdenes del servicio están excluidas de a facultad de inspección -art. 675- por lo que una vez emitidas por el superior, el subordinado debe cumplirlas -salvo excepciones-. Sin embargo, y para el caso de comisión de un delito por su ejecución, la propia regla ha establecido una transferencia de la responsabilidad al superior, que está fundada en la distribución de funciones y en el fin de asegurar la disciplina con mayor rigor; vale decir, que no es una transferencia de la calidad de autor, sino de responsabilidad penal, con el objeto de imponer la disciplina. En cuanto al segundo supuesto, el artículo se refiere al subordinado, a quien considera cómplice en el exceso que hubiera cometido, esto es, en otro hecho distinto de lo ordenado, para abarcar de ese modo algunos supuestos de la relación superior -subordinado- que resulten de una actividad comprendida en cierto modo en la orden y que la torpeza del superior favorece; o bien por estar abarcado -el exceso- en el dolo eventual de quien dio la orden. Por último, y para fundar la transferencia de responsabilidad al superior, puede entenderse que la ley analiza a la orden del servicio como una forma de cumplimiento del deber por el superior, de manera que es él quien debe vigilar su ejecución por el inferior, para así cumplimentar y garantizar aquello que el mismo superior está obligado a hacer por mandato de la ley y de la situación. Es por eso que el superior debe controlar el cumplimiento, y responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar. De donde surge que, sea la orden legítima o ilegítima, siempre deba tener una estructura limitada a lo que es propio o corriente de su función.

15) Que para una correcta interpretación de esta cuestión, es necesario precisar el alcance que se le asigna en su formalidad y contenido a la expresión "órdenes del servicio". En este sentido, los delitos cometidos por la "ejecución de una orden del servicio", son aquéllos conexos con el ámbito de la función; y no los externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas y que son los que se investigan en esta causa: homicidios, privaciones ilegales de la libertad, tormentos. Por lo que únicamente están comprendidos en esta norma aquellos hechos ilícitos que por sus características fácticas se ven conectados con la finalidad de la orden y se hallan dentro del circuito de los hechos próximos, vinculados inicialmente a la competencia y al deber del superior, cuando el sujeto pasivo o las cosas están en el espacio propio de esa competencia. En verdad se trataría de delitos configurativos de abusos, conexos -en definitiva- a una desviación de la función. Y aun admitiendo que en este limitado campo el art. 514 hubiera aceptado la autoría mediata, tal criterio no podría transferirse a los crímenes comunes que se imputan cometidos en la causa en perjuicio de personas ajenas a la vida militar.

16) Que, sobre este particular, merece destacarse que el examen de los antecedentes del Código Penal Militar alemán a partir de 1873 que ha efectuado la Cámara, no cuenta hoy en ese

país con el respaldo interpretativo que realizó dicho tribunal. Jescheck ("Tratado de derecho penal", parte general, t. II, p. 906, traducción de Puig y Muñoz Conde, 1981) ha afirmado que resulta excluida la culpabilidad del soldado que cometió un delito grave o menos grave por virtud de una orden, si no ha advertido ni podía advertir la antijuridicidad penal del hecho (conforme al parág. 33 del Código Penal Militar alemán). El superior será, entonces, autor mediato, pero si el subordinado actúa, por el contrario, culpablemente, él será autor, aunque mediante el parág. 33, 5º, II de ese Código, pueda aplicarse una atenuación de la pena o, incluso, su dispensa por escasa culpabilidad. Para este autor, pues, "el superior será castigado como inductor" según el parág. 33 citado. A ello ha agregado -con cita de otros autores, que estima equivocados- el fallo del Tribunal Superior Federal que considera al soldado plenamente responsable como mero cómplice en el orden militar. Estas contradicciones revelan así las limitaciones a las que los tribunales nacionales están sometidos cuando se trata de interpretar el art. 514 del Cód. de Justicia Militar, que procede de la legislación castrense alemana. Y permiten inferir, finalmente, que la fundamentación dada en la mencionada norma para hechos de la naturaleza y características de los aquí investigados, ha resultado ser una interpretación que está fuera del contexto en el que, para asegurar la disciplina y el deber, ha sido dictado tal artículo.

17) Que, como consecuencia de lo expuesto, el tribunal entiende que el art. 514 del Cód. de Justicia Militar tiene en tiempo de paz -como era en el sub examine- una aplicación limitada al campo de la jurisdicción militar en el marco de las órdenes del servicio, con excepciones que justifican la desobediencia o la atenuación de la insubordinación, cuando ellas impliquen la reacción ante un abuso de los permitidos al superior, pero no frente al abuso arbitrario, atento a lo dispuesto por el art. 187 que establece la obligación de denunciar la perpetración de delitos sujetos a la jurisdicción de los tribunales castrenses, bajo la sanción de cometer el delito de encubrimiento. Por ello es que resulta evidente que por remisión a través del art. 513 del Cód. de Justicia Militar, debieron tenerse en cuenta las reglas de la participación que fija el art. 45 del Cód. Penal para el juzgamiento de hecho ilícitos ajenos a la función castrense, cometidos por personal militar en tiempo de paz, como son los que constituyen el objeto de este proceso. Lo expuesto permite afirmar que aquella inteligencia realizada por el a quo -aplicando forzada y analógicamente el art. 514 y declarando a los acusados autores mediatos de esos delitos- ha configurado una interpretación extensiva efectuada en perjuicio de los encartados, y les ha atribuido un grado de participación más pleno agravando su situación, lo que está vedado por el principio constitucional de legalidad del régimen penal. En efecto, son conceptos indudablemente recibidos por el art. 18 de la Constitución Nacional, que el derecho represivo -en cualquiera de sus ramas- constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera por la naturaleza de los objetos jurídicos de que trata, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley; y que si bien constituye tarea específica de los jueces interpretar las normas legales a los fines de la correcta determinación de su sentido jurídico, en materia penal se excluye toda interpretación analógica o extensiva de las normas punitivas (Fallos: 301:395; disidencia en Fallos: 303:988 ; 305:2174; 306:1433; doctrina de la causa C.1040.XX., "Citrex, SAIC s/ apelación", fallada el 28 de octubre de 1986).

18) Que las razones expuestas también tornan admisibles los recursos, en tanto aducen que la interpretación del art. 45 del Cód. Penal realizada por el a quo lesiona el principio de la ley previa contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, al consentir la aplicación extensiva del concepto de autor a través de la fórmula del autor mediato, ya sea infiriéndola de las expresiones "tomasen parte en la ejecución del hecho", o bien "hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo" contenidas en aquella regla. Si bien se trata de la inteligencia de una norma común, ajena al remedio del art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para abrir el recurso cuando por este medio se tiende a evitar un quebrantamiento de principios con marcado sustento constitucional (doctrina de las causas: C.269.XX., "Compañía Financiera Flores, S. A. s/ quiebra s/ incidente de revisión prom. por Sociedad Militar Seguro de Vida"; A.22.XX., "Adami, Leonardo E.; Vázquez Fendrik, Horacio Daniel s/ hurto", falladas el 20 de agosto de 1985 y el 25 de setiembre de 1986).

19) Que, tanto al aplicar el art. 514 del Cód. de Justicia Militar, como al interpretar el art. 45 del Cód. Penal, al sentenciante ha consentido que la doctrina penal es pacífica al denominar autor mediato a quien, para ejecutar la acción típica, se sirve de otra persona como instrumento, dominando la voluntad del ejecutor. Sin embargo, admite la coexistencia de la autoría mediata con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato-, situación que aún se daría en el supuesto en que se dominara la voluntad de éste a través de un aparato organizado de poder, en el que el ejecutor sería sustituible y no actuaría como una persona individual, sino como un engranaje de aquella maquinaria. Concluye así la sentencia reforzando su convicción de que los procesados son autores mediatos de los hechos que se les atribuyen.

20) Que es oportuno destacar que la doctrina científica en el derecho comparado, no ha aceptado -en la legislación penal común- que el criterio del dominio del hecho sea decisivo para distinguir el concepto de autor del de partícipe. En España, como en Italia y en Francia, la postura que prevalece es la formal objetiva (Gimbernat Ordeig, "Introducción a la parte general del derecho penal", Madrid, 1979; Mantovani, "Derecho penal", 1979, p. 462; Bouzart, "Derecho penal y criminología", 1970; Garraud y Roux, citados por Garçon, Rousselet, Patin y Ancel en su "Código Penal anotado", París, 1956), que define al autor como aquel que realiza todos los hechos que la consumación del tipo exige, ejecutándolo o interviniendo en su ejecución, vale decir, el que pone en obra la acción u omisión definida por la ley, de manera que cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría. Por su parte, el Tribunal Supremo de España, al aplicar el art. 14, inc. 1º, de su Código Penal -de redacción similar a nuestro art. 45-; la Corte de Casación italiana, en cuanto a los arts. 110 y 111; y la Corte de Casación francesa, con respecto a los arts. 59 y 60 de sus respectivos ordenamientos represivos, ha rechazado enérgicamente la necesidad de fundamentar en el principio del dominio del hecho la distinción entre autor y cómplice o partícipe distinto del autor, aun cuando, con argumentos diversos, consideran ciertas excepciones en punto a la obediencia debida en el orden militar, con un contenido muy limitado en cuanto a las infracciones que pueden ser objeto del traslado de la responsabilidad del superior. En Alemania, su país de origen, la doctrina del dominio del hecho recibió serias objeciones (Baumann, "Derecho penal, parte general", ps. 96 y 109, Buenos Aires, 1973), tanto en relación con el texto anterior, como con el que adoptó el parág. 25 de la nueva redacción de 1975 (Baumann, "Derecho penal, parte general", Ed. Bielefeld, 1975), que define expresamente al autor estableciendo que: "Será castigado como autor quien cometa el hecho por sí mismo o sirviéndose de otro"; y aun con esta nueva legislación el Tribunal Supremo alemán sólo la ha aplicado muy limitadamente, en el supuesto de tráfico de divisas, descartándola al juzgar a quien mató a un hombre por su propia mano por considerarlo autor, aunque lo hubiera hecho bajo el influjo y en presencia de otra persona y únicamente en interés de ésta. Es que en esta nación siempre dominó la teoría subjetiva de la participación, aun en los supuestos de la delincuencia nacionalsocialista, en los cuales los tribunales se resistieron a "...estimar autoría cuando los ejecutores se encuentran en la esfera de poder del que imparte la orden..." inclinándose, en cambio, a la complicidad en base a la teoría subjetiva de la participación (Jescheck, "Tratado de derecho penal, parte general", Traducción de Mir Puig, Barcelona, 1978, Mir Puig y Muñoz Conde, "Adiciones de derecho penal español", vol. II, Barcelona, 1981).

21) Que este tratadista alemán ha reconocido tales limitaciones en la admisión de la teoría del dominio del hecho, y sólo la acepta con relación a la ciencia penal, admitiéndola únicamente en ese aspecto (obra citada, vol. II, ps. 898 y sigts.); pues entiende que sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuyó a dominar el curso del hecho. Partiendo de esta base valorativa, acepta como tales a los casos tradicionales de autoría mediata consentidos por la doctrina y la jurisprudencia (obrar a través de un inimputable, equivocado o coaccionado) en los que la "prevalencia" del "hombre de atrás" equivale a la comisión directa del hecho por éste. Es por eso que Jescheck saca de la autoría mediata a quien "...induce a una persona que actúa típica, antijurídicamente y con plena responsabilidad..." pues la resolución del ejecutor del hecho se toma en tales casos globalmente, aunque sea bajo la influencia del "hombre de atrás". Este sería un inductor o instigador conforme a la amplitud de medios que brinda la redacción del parág. 48 del Cód. Penal alemán en su anterior redacción, y es claro que este partícipe será instigador para nuestro art. 45, sólo en la medida en que "determinare directamente a otro" culpable a cometer el delito. Otra posibilidad de autoría la admite Jescheck (p. 899, obra citada) bajo la forma de coautoría conforme al parág. 25, II, del Cód. Penal alemán de 1975 (cometiendo el hecho varios en común, cada uno será penado como autor, pero exigiendo la decisión común del hecho -para dominarlo- y una contribución al hecho que sea importante y que no consista en actos preparatorios). Sin embargo, reserva para la coautoría mediata las mismas limitaciones que para la autoría mediata, rechazándola cuando el autor inmediato actúa antijurídica y culpablemente. Este criterio es coherente con el sistema del Código alemán, que no cuenta, como el nuestro, con la fórmula de la cooperación necesaria como forma de participación castigada con igual pena que la autoría, aunque distingue su obrar del de aquellos que están en el campo de la ejecución del hecho.

22) Que el breve examen efectuado de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado revela las limitaciones de la teoría dominante en Alemania, que aprecia la cooperación necesaria como forma de autoría -por exigencia de su legislación- no obstante lo cual termina por reconocer que la inmediata realización del tipo implica la presunción irrefutable del dominio del hecho, aun en los supuestos de coautoría, a la cual amplía con la cooperación necesaria en los casos de "división de funciones", siempre que no se trate de hechos

preparatorios y respetando las limitaciones establecidas para la autoría mediata. Sólo una minoría numérica de autores alemanes, que no encuentran correspondencia destacada en la jurisprudencia del Tribunal Federal Superior (Roxin, "Taterschaft und tatherrschaft", p. 242), no obstante la amplitud del parág. 25, I, 2ª parte, y II del Cód. alemán de 1975, parten de un concepto más amplio de autoría mediata y sostiene, como el a quo, que tal autoría se da en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Tal funcionario, que pone en movimiento -en una etapa intermedia de realización- una operación de exterminio o privación de la libertad de un grupo de personas, no obra ni coaccionado, ni por error, pese a lo que, en virtud de la fácil fungibilidad del sujeto que podría ser reemplazado en el trámite por otro cualquiera; admiten la autoría mediata para los miembros superiores del aparato de poder. Claro que estos doctrinarios del dominio del hecho, también admiten la punibilidad del instrumento como autor inmediato, con lo que afirman una autoría mediata que va más allá de los "coautores" de Jescheck (parág. 25, II, Cód. Penal alemán), para quien todos los intervinientes deben, en primer lugar, ser "cotitulares de la decisión común de realizar el hecho, porque sólo pueden tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho, y... además, todos deben haber aportado objetivamente una contribución al hecho que se halle calificada por su importancia para el resultado y que, en todo caso no constituye sólo un acto preparatorio (sino de ejecución)" (obra citada, p. 899).

23) Que asimismo, esta corriente del "dominio del hecho" -expresión sobre la que no sé ha llegado a un concepto sino a meras descripciones aproximativas, y que en orden a la participación mediante aparatos de poder organizados, no ha sido mencionada en absoluto por la ciencia y la jurisprudencia- (Roxin, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, año VIII, julio/set. 1985, Nº 31, ps. 400 y sigts.), reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato, que coexiste con la de autor mediato; con lo que produce no sólo la inconsecuencia metodológica resultante de que el autor inmediato goza de la presunción irrefutable de su dominio sobre el hecho, sino también la conclusión de que el autor mediato pasa a convertirse en un autor por extensión, sin haber realizado acciones típicas. En estas condiciones, si lo determinante de la autoría delictiva no es la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquéllos, la legalidad de los delitos y de las penas, la "ley previa", queda sin fundamento, y así se lesiona el principio que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional. Por ello es que, en las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del art. 45 del Cód. Penal, porque éstos están en el campo de la ejecución en cuanto al principio de ejecución (art. 43, Cód. Penal) y consumación (art. 45) (Núñez, "Manual de derecho penal", ps. 300 y sigts., 3ª ed., Ed. Lerner, 1984). No debe olvidarse que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que "los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido a proceso civil o militar o eliminado físicamente" con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del "aparato de poder" de Roxin.

24) Que son dos las formas de aplicación extensiva de la autoría que -más allá de la configuración de los tipos respectivos- se han llevado a cabo en la sentencia; la primera, por haber efectuado una interpretación integrativa que creó una contradicción, y que se infiere de aceptar la existencia simultánea de un autor mediato, que es quien tendría siempre el llamado "dominio del hecho", y la de un autor inmediato, su ejecutor. En efecto, dichas existencias simultáneas no se concilian, porque si existiera un ejecutor responsable del delito, éste tendría el "dominio del hecho" y desplazaría al autor mediato. De aquí que para aceptar la coexistencia de ambos autores haya debido recurrirse a un concepto extensivo del autor, a la manera del doctrinario alemán. Roxin, quien, como se dijo, sostiene que es posible la coexistencia de un autor, mediato y de otro inmediato cuando se trata de un obrar a través de un aparato organizado de poder caracterizado por la fungibilidad del ejecutor, que no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Así, este concepto de autor es extensivo con relación al tipo de cada figura delictiva de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas y tormentos y demás delitos imputados, dado que la ampliación de la participación en tales figuras sólo se puede realizar conforme a la regla del art. 45 del Cód. Penal, que coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, y denomina cómplices a los que realicen cualquier otra acción previa o concomitante, fuera del marco de la ejecución. Frente al criterio legal, que define a la autoría o a la coautoría bajo la exigencia de "tomar parte en la ejecución

del hecho", cualquier otra intervención vinculada a la realización del delito importa una cooperación, un auxilio o una ayuda.

25) Que el segundo caso de interpretación extensiva se ha producido al incluir en la última parte del art. 45 del Cód. Penal a la "autoría mediata" como forma de determinación directa que está más allá de la instigación. Se trata pues, de otra vía elíptica para receptar la coexistencia del autor mediato a través de la extensión extratípica del concepto de instigador. Es que si la "determinación directa", del art. 45 del Cód. Penal significara admitir la forma de instigación y la de autoría a la vez, representaría aplicar al autor mediato las reglas de la instigación, con lo cual el que domina el hecho sería a la vez persuasor y ejecutor. La contradicción -evidente- trata de superar mediante un subterfugio, para aceptar la coexistencia de la autoría mediata con una forma extensiva de la instigación, lo que es inadmisibile, pues el concepto de instigación enmarca una participación puramente psíquica, que el instigador dirige derechamente a la concreta finalidad de hacer que el instigado voluntaria, libre y conscientemente, tome la resolución de cometer el delito. Esa actividad intelectual que despliega el instigador se agota una vez tomada la resolución, de tal manera que la realización del delito depende del instigado, que se convierte así en único autor. Y si a aquel obrar psíquico se le agrega alguna otra aportación material, la actividad del sujeto se desplaza del concepto de instigación e ingresa en el de partícipe, que auxilia, ayuda o coopera, y cuya calidad de necesario o no dependerá de la materialidad y el valor de esa cooperación.

26) Que, a mayor abundamiento, basta como ejemplo para demostrar que el Código Penal argentino no recepta la autoría mediata en el sentido que le ha dado el a quo, el análisis del art. 80, inc. 3º -homicidio por precio o promesa remuneratoria-, que siempre ha regido desde 1921, aunque no como inciso independiente. En esta figura, aquel que paga el precio o realiza la promesa al sicario y que actúa en la etapa preparatoria de la oferta o del pago, no es considerado como autor ni coautor, sino que su responsabilidad sólo puede ser establecida mediante las formas del art. 45, de modo tal que cuanto la promesa, el pago, la entrega de armas o la protección al autor, fueran decisivos para la comisión del delito, será un cooperador necesario.

27) Que pueden extraerse similares conclusiones de los artículos del Código Penal que, vigentes al tiempo de comisión de los hechos ilícitos investigados, estaban destinados a reprimir a quienes cometieran delitos contra la libertad individual. A tal punto ello es así, que aun cuando con el fin de instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas el legislador se ha visto en la necesidad de ampliar el ámbito de la punibilidad, no ha llegado a crear formas de autoría mediata. En efecto, la ley 23.097 -publicada el 29 de octubre de 1984- extendió la incriminación a conductas previas a la tortura, castigando al funcionario que "omitiere evitar la comisión de alguno de los hechos (de tortura previstos en el art. 144 ter) cuando tuviere competencia para ello" (art. 144 cuarto, inc. 1º, Cód. Penal vigente). Esta norma sanciona como autor de un delito de omisión al funcionario público que no evita que sus subordinados impongan a personas legítima o ilegítimamente privadas de su libertad cualquier clase de tortura; de donde el tipo penal especializa la figura del art. 248, que se refiere al funcionario que "...no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere..." que son, precisamente, las que definen su competencia. Pero no deben exagerarse los límites de esta forma de autoría, pues la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura, ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho (confr. Fallos, t. 305, p. 1694). En igual sentido, con el art. 144 quinto del Código de fondo se buscó reprimir la conducta negligente del funcionario que está a cargo del organismo donde se impusieran a personas privadas legítima o ilegítimamente de su libertad tormentos físicos o sufrimientos psíquicos de gravedad suficiente, y que hubiera dado lugar de modo directo a la comisión de la tortura, "...si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiera cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario". Esta conducta es culposa porque si se tratare de una omisión connivente, y por lo tanto intencional, haría responder al autor como partícipe necesario del delito de torturas, en razón de la mayor jerarquía punitiva de esta figura (arts. 144 ter y 45, Cód. Penal) pero igualmente el autor tiene responsabilidad autónoma originada en su omisión, no obstante la vinculación de su delito con el resultado de tormentos. Todo esto permite afirmar que ante la insuficiencia de las normas que reprimían la tortura y por ser conveniente ampliar los hechos previos a esta, pero vinculados causalmente en forma dolosa o culposa, el legislador ha creado, figuras intermedias que no reconocen la autoría mediata, porque en el sistema del Código Penal son suficientes las reglas de la participación (arts. 45 y concordantes).

28) Que de conformidad con lo expresado precedentemente y teniendo en cuenta los hechos que la Cámara ha dado por probados con arreglo a las diligencias realizadas, cabe concluir en que al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho; es decir, que en "iter criminis", su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendido que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso ésta es ajena a la realización de la acción típica como ejecución. Por lo que corresponde modificar la calificación efectuada.

29) Que lo antedicho también resulta aplicable a los delitos de robo investigados, toda vez que puede atribuirse a los procesados órdenes e instrucciones y cooperación material y moral con relevancia causal en la realización de los delitos privativos de la libertad como así también la ejecución de acciones extratípicas, pero encaminadas por el auxilio y ayuda, a la comisión de tales hechos ilícitos ejecutados por sus autores materiales. En base a ello, los acusados deben responder como partícipes necesarios, pues no se percibe exceso de los ejecutores en los medios ni aun en los fines, sino que la plataforma fáctica que el a quo dio por probada, revela que las órdenes contenían la facultad de apoderarse ilegítimamente de cosas muebles ajenas, como se infiere de que parte de los efectos sustraídos se encontraran, muchas veces, en los lugares de la primera detención y no en poder de sus autores materiales. Ello es así, porque si bien el art. 47 del Cód. Penal argentino decide las consecuencias de otro hecho cometido por el partícipe desde la culpabilidad, lo hace a partir de las "circunstancias particulares de la causa" que han sido apreciadas por la sentencia.

30) Que el Ministerio Público se agravia porque el a quo declaró prescripta la acción penal en los delitos de privación ilegal de la libertad que se atribuían al procesado Agosti, por cuanto el sentenciante entendió que había transcurrido el máximo de la pena establecida para el delito, desde el mes de mayo de 1978 -fecha de la destrucción del centro de detención clandestino denominado Mansión Seré, que dependía de la Fuerza Aérea- hasta el día en que el encausado prestó declaración indagatoria, 2 de agosto de 1984. Afirma la Fiscalía que la sentencia es arbitraria porque ha dado el mismo tratamiento a los casos de personas que recuperaron su libertad y a los casos de aquellas que, aún hoy, permanecen en calidad de desaparecidos, ignorándose su paradero. Expresa que en relación a estos últimos, dado el carácter de permanente de esos delitos, es irrazonable sostener que su comisión haya cesado en alguna fecha precisa, que la Cámara fija, arbitrariamente, en el momento en que fue destruida la Mansión Seré. Estima que el "dies" a quo de la prescripción debió fijarse cuando Agosti dejó su cargo de Comandante en jefe de la Fuerza, con lo que no habrían prescripto estos delitos. Finalmente, los representantes del Ministerio Público se agravian en lo relativo al caso 486, ya que la prescripción decretada por el a quo -sobre la base de la entrega de la víctima a la Marina- resulta arbitraria en tanto desconoce, sin fundamento alguno, la complicidad en la permanencia del delito, materializada a través de la entrega.

31) Que el recurso no resulta procedente, toda vez que remite a la consideración de temas de hecho, prueba y de derecho común, que no han sido resueltos de un modo irrazonable por el tribunal sentenciante. En efecto, se ha dado por acreditado que el centro de detención Mansión Seré era el único que dependía de la Fuerza Aérea, y no se ha aportado ningún elemento de prueba que permita, siquiera, sospechar sobre la existencia de otro lugar de esas características funcionando dentro de esa Fuerza. Es por ello que resulta razonable concluir que la fecha de destrucción de aquél determina el cese de la participación del procesado en su comisión, lo que no significa que se dé por sentado que en ese momento haya concluido la comisión de los delitos permanentes cuyas víctimas figuran como desaparecidas.

32) Que en lo atinente al caso 486 -cuya víctima Pilar Calveiro de Campillo fue entregada al personal de la Marina de Guerra- cabe remitir a lo ya expuesto, a lo que hay que agregar que la alegada falta de fundamentación no es tal, pues la decisión a que se ha arribado es consecuencia del criterio seguido en lo atinente a la atribución de responsabilidad a cada encausado, sólo por los hechos cometidos por sus respectivos subordinados.

33) Que el procesado Agosti se agravia en cuanto la sentencia del tribunal de grado lo condena por la comisión de tres hechos ilícitos -casos 282, 284 y 286-, subsumidos en el tipo penal contenido en el art. 164 del Cód. de fondo. Se funda para ello en que en la oportunidad procesal correspondiente no fue interrogado concretamente por tales hechos, motivo por el cual,

entiende, se ha obstado al ejercicio de la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Subsidiariamente, afirma el recurrente que los jueces de la anterior instancia debieron declarar prescripta la acción penal en relación a esos delitos pues, conforme a la "teoría del paralelismo" seguida en el fallo recurrido, habría transcurrido el plazo máximo para que opere el mencionado impedimento de la persecución penal, según lo establecido en el inc. 2º del art. 62 del Cód. Penal.

34) Que ambas cuestiones, como lo reconoce el apelante en el remedio federal intentado, no fueron sometidas a decisión de los jueces de la causa. La atinente a la falta de intimación concreta por esos hechos, por simple omisión del recurrente; la segunda, en cambio, porque sería ésta según él estima, la primera oportunidad para plantearla, ya que el Ministerio Público formuló acusación por el delito de robo agravado, art. 166, inc. 2º del Cód. Penal, cuyo máximo legal de 12 años -art. 62, inc. 2º- para que opere la prescripción de la acción penal, es mayor que el requerido en relación al tipo básico de la figura citada.

35) Que se ha declarado uniformemente por esta Corte que, a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, es indispensable que la cuestión federal presente en la causa, haya sido invocada por vía de acción o de excepción como punto comprendido en la controversia, pues sólo de esa manera queda introducida en el juicio y puede ser materia de pronunciamiento (entre otros, Fallos, t. 151, p. 48 y sus citas). En tal sentido, debe tenerse presente el criterio según el cual no son atendibles en la instancia extraordinaria los agravios derivados tan solo de la conducta discrecional del recurrente, demostrativos de su falta de interés en el punto (doctrina de Fallos: 248:664; 249:466; 267:64; 268:102 y 290:92, entre otros).

36) Que, sin embargo, según lo tiene dicho el tribunal en supuestos excepcionales, el agravio introducido sólo en el recurso federal, resulta atendible en la instancia extraordinaria cuando está dirigido a obtener la declaración de la prescripción penal, omitida en el pronunciamiento del a quo. Ello es así, en virtud de su carácter de orden público, motivo por el cual debe ser declarada de oficio, pues se produce de pleno derecho por el mero transcurso del plazo pertinente (Fallos: 275:241; 300:716; 301:339).

37) Que, en consecuencia, corresponde aceptar la procedencia del recurso y hacer lugar al agravio sobre el punto, ya que además, aunque se trata de una materia ajena -como principio- a la vía extraordinaria, el sentenciante ha caído en vicios que, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, descalifican el pronunciamiento. En efecto, si bien los robos imputados a Agosti se produjeron el 2 de junio de 1977, el 14 de noviembre del mismo año y el 24 de enero de 1978, y la comisión de los delitos de privación ilegal de la libertad y tormentos habría interrumpido la prescripción hasta mayo de 1978, fecha de destrucción del centro de detención clandestino "Mansión Seré"; a partir de este momento la Cámara entendió que había renacido el curso de la prescripción (confr. consid. 30), de tal suerte que hasta el 2 de agosto de 1984, fecha en la que el encausado prestó declaración indagatoria, transcurrieron los 6 años que el art. 164 del Cód. Penal establece como máximo de la pena para el robo. Sin embargo, Agosti fue condenado por esos hechos ilícitos contra la propiedad, y en virtud de que el a quo no suministró los fundamentos por los cuales consideró implícitamente que la acción había prescripto, ni señaló por qué razón no era aplicable el texto del art. 62, ni que existiera alguna causal interruptiva, ha omitido considerar una cuestión conducente para arribar a una solución diversa de la causa (Fallos: 305:1236, 2089); al tiempo que ha incurrido en autocontradicción, pues las circunstancias de hecho y de derecho que le permitieron declarar prescriptos los delitos de privación ilegal de la libertad con -igual pena máxima que los robos- eran aplicables a estos últimos (Fallos: 300:681; 302:1372; causa: C.336.XX., "Catone, Luis J. y otros s/ Denuncia", fallada el 4 de julio de 1985). Corresponde pues revocar la condena en este aspecto, declarar prescripta la acción penal respecto de los robos referidos y absolver al encausado.

38) Que el procesado Viola afirma que la sentencia del a quo conculca la garantía constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio, en cuanto lo condena por las privaciones ilegales de la libertad de Mario O. Romero -caso 330- y Guillermo R. Puerta -caso 533- hechos respecto de los que no mediara acusación fiscal en su contra. Según surge de la contestación de agravios de la Fiscalía de Cámara, obrante a fs. 30.597, los representantes del Ministerio Público no formularon acusación en esos casos. En el primero de ellos, por simple omisión y, en el restante, debido a que, a la fecha de asumir la comandancia de su fuerza el encausado, la detención de Guillermo Puerta se había legalizado. Ello sentado, y conforme a la doctrina del tribunal según la cual la garantía de la defensa en juicio comprende la oportunidad de toda persona sometida a proceso, de ser oída, de conocer los cargos que se formulan en su

contra y de producir pruebas en su favor (Fallos: 63:102; 100:408; 182:502; 185:242; 187:627; 191:85; y muchos otros), corresponde acoger favorablemente el agravio del apelante.

39) Que tanto la defensa de Viola como el Ministerio Público, con distintos argumentos, tachan de arbitraria la sentencia, en lo referente a la resolución recaída en los casos 454, Fernando M. Menéndez y 571, Mario J. Miani. La defensa sostiene en el caso 454, que es arbitrario condenar a Viola por la privación ilegal de la libertad de quien no se puede afirmar que aún se encontraba con vida cuando fue retirado del automóvil en que se había refugiado al huir de un enfrentamiento con fuerzas de seguridad. Sin perjuicio de ello, expresa que de acuerdo a los elementos de convicción obrantes en la causa, el enfrentamiento del que resultó víctima Menéndez fue sostenido con personal de la Marina, por lo que no puede considerarse autor a Viola. En cuanto al caso Miani -caso 571- la defensa expresa que si no se ha probado el cautiverio ininterrumpido -desde el momento de la detención hasta el de su aparición sin vida a causa de un presunto enfrentamiento- es posible afirmar que la privación ilegal de la libertad hubiera concluido en algún momento comprendido en ese lapso, con lo cual no se puede descartar que el delito haya prescripto, si se tiene en cuenta que Viola prestó declaración indagatoria el 22 de octubre de 1984.

40) Que el Ministerio Público, por su parte, argumenta que en el caso 454 -Menéndez-, la Cámara tuvo por probada la privación ilegítima de libertad por un lapso de 8 días, pese al carácter letal de la herida que sufría la víctima. Empero, prosigue, si el disparo fue realizado durante el enfrentamiento, debió excluirse el delito de privación de la libertad como también todo otro hecho punible. Sin embargo, como los jueces tuvieron por acreditado el cautiverio de Menéndez y que una de las heridas fatales fue causada desde corta distancia, debieron necesariamente concluir que éste fue víctima de un homicidio alevoso, con posterioridad a su captura. Además, afirma de manera coincidente con la defensa de Viola, que conforme al criterio de atribubilidad adoptado por el a quo, sería el coprocesado Lambruschini el responsable de la privación ilegítima de la libertad de la que fuera víctima Fernando D. Menéndez, toda vez que el personal actuante en el hecho se identificó como perteneciente a la Marina. En tal sentido, refiere que la sentencia resulta arbitraria, pues omite el tratamiento de una serie de pruebas obrantes en la causa que acreditan la participación directa, en el hecho en cuestión, de personal perteneciente a la Armada Argentina. Por último, en el caso 571, hecho cometido en perjuicio de Mario J. Miani, la Fiscalía entiende que el fallo es autocontradictorio al condenar por el delito de privación ilegal de la libertad y absolver por el homicidio agravado. Dice que si se tuvo por acreditado que el enfrentamiento fatal no existió y que la muerte fue consecuencia del doloso accionar de quienes tenían cautivo a Miani, es arbitrario absolver a Viola por el homicidio agravado, con base, tan solo, en la falta de prueba de la permanencia ininterrumpida de la víctima en algún lugar clandestino de detención, hasta la fecha de su muerte.

41) Que el recurso interpuesto por la defensa de Viola resulta improcedente, en lo que respecta al caso 571 (Miani), toda vez que no advierte el recurrente que la comisión en noviembre de 1979 de otros delitos por los que fuera condenado el procesado, interrumpe el curso de la prescripción de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 604 del Cód. de justicia Militar y 67 del Cód. Penal.

42) Que igual suerte debe correr el recurso del fiscal, en lo que respecta a este caso. Ello es así en virtud de que, si bien la sentencia impugnada tuvo por acreditada la privación ilegal de la libertad de Mario Miani, no resulta autocontradictorio, como lo afirma el Ministerio Público, absolver al procesado por el delito de homicidio agravado que le fuera imputado. En efecto, del fallo surge que los jueces de grado entendieron que, al no haberse agregado ninguna prueba que permitiera afirmar que Miani permaneció en cautiverio ininterrumpido desde su aprehensión ilegal hasta el momento de su muerte, no era posible atribuir al Comandante de la Fuerza actuante en el homicidio agravado, aun a pesar de los serios indicios existentes que indicaban que esa muerte podría haber sido causada por sus captores. Ese pronunciamiento es razonable si se tiene en cuenta el sistema de valuación de la prueba adoptado por la Cámara -la sana crítica racional- que exige en el juzgador, al momento de dictar sentencia, la certeza en sus afirmaciones sobre los hechos. Así, las conclusiones fácticas a que arriba el a quo no aparecen como arbitrarias, tornando por ello improcedente el recurso, pues de otro modo, se reemplazaría en esta materia el criterio de los jueces de la causa por el de esta Corte, lo que resulta inadmisibles (Fallos: 300:191).

43) Que, en cuanto a la tacha de arbitrariedad articulada, tanto por la defensa de Viola, como por el Ministerio Público, en lo referente a las circunstancias en que se produjo la muerte de Fernando M. Menéndez (caso 454) ambos recursos resultan improcedentes. Está probado que

el nombrado tuvo un enfrentamiento con fuerzas armadas, el día 7 de diciembre de 1978 y que en su consecuencia recibió diversas heridas de bala, como así también que concluido el enfrentamiento, las Fuerzas actuantes lo retiraron del lugar y que, días después, entregaron su cuerpo sin vida a sus padres, mediante un procedimiento irregular. Igualmente, que la muerte se debió a heridas de armas de fuego, recibidas en la cabeza de la víctima, y que una de éstas fue producida desde una corta distancia. La discusión se ha centrado pues, en determinar cuál fue el momento en que Menéndez recibió los disparos mortales, y en si su deceso se produjo al ser habido por sus perseguidores, o mientras se encontraba cautivo de éstos. En este sentido, la Cámara sostiene que no se ha probado que la muerte de Menéndez se produjera a causa de heridas que se le infirieran durante el tiempo que permaneció clandestinamente en cautiverio, ni tampoco en qué condiciones físicas estaba al ser capturado, ni qué proximidad alcanzó el personal que lo perseguía. Ante estas probanzas, concluyó en que Menéndez se encontraba vivo al momento de la privación de la libertad, toda vez que no era posible afirmar que la muerte se hubiera producido como consecuencia de una acción sobreviniente al enfrentamiento. Ninguno de los otros elementos que la Cámara a quo valoró son suficientes para modificar aquellas conclusiones. En consecuencia, resulta razonable su decisión ya que si no se puede acreditar fehacientemente que Menéndez se encontraba muerto al momento de su aprehensión, sólo puede inferirse que, a pesar de sus heridas, estaba vivo, y el hecho encuadra entonces en la figura de privación ilegal de la libertad. Del examen precedente resulta que el a quo no ha omitido ponderar ninguna prueba incorporada al caso, de tal manera que la discrepancia entre el criterio del tribunal de grado y el que las partes estimen más adecuado para extraer conclusiones de esa misma prueba, no funda la procedencia del recurso extraordinario.

44) Que también resultan improcedentes los agravios del Ministerio Público y de los asistentes de Viola, referentes a que la privación ilegal de la libertad de Fernando D. Menéndez debió imputarse al co-encausado Lambruschini y no al anteriormente nombrado, ya que el tema remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba, que salvo en lo concerniente a la calificación como autor, punto sobre el que cabe enviar al encuadramiento como partícipe necesario efectuado "supra", han sido resueltas por el a quo razonablemente y de acuerdo a los principios que rigen el ordenamiento procesal aplicable en autos.

45) Que el Ministerio Público se agravia en cuanto la Cámara omitió analizar las respuestas mendaces a requerimientos judiciales que, contenidas en documentos públicos o copias certificadas de éstos, configurarían el delito de falsedad ideológica que fuera motivo de acusación.

46) Que el art. 238, inc. 6º, del Cód. de justicia Militar exige la exhibición al indagado, del instrumento con el que fue cometido el delito. Según se infiere de las declaraciones indagatorias de los procesados y de sus respectivas ampliaciones, tal requisito no fue cumplido por el a quo. No obstante lo cual corresponde declarar improcedente el remedio articulado en lo que se refiere a este agravio, ya que ha sido tardíamente planteado en el escrito de interposición del recurso extraordinario, cuando, en verdad, debió sometérselo a la consideración de los jueces de la causa antes de, o al menos con la acusación, acto en el que debió asimismo solicitarse la nulidad y el apartamiento del hecho de su consideración en el debate por no estar completa la instrucción sobre el punto (Fallos: 286:83; 300:596). A lo que debe añadirse que la falsedad de los informes de los procesados ha apuntado a encubrir la comisión de los delitos investigados; de suerte que exigirles ser veraces revelando su propio delito o crimen, importaría violar el principio referente a que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, Constitución Nacional).

47) Que a raíz de la denegatoria del recurso extraordinario que interpusiera la Fiscalía contra la sentencia de la Cámara, el Ministerio Público dedujo el recurso directo, mantenido por el Procurador General, con relación a los siguientes puntos: a) Por discrepar con el criterio del a quo en cuanto condenó a los Comandantes Militares como autores mediatos descartando su responsabilidad como coautores, pues siendo integrantes de las juntas Militares, aprobaron y mantuvieron un plan ilegal de operaciones en la lucha contra la subversión; b) Subsidiariamente, por no haber tratado la responsabilidad que le cupo al Comandante en Jefe del Ejército como autor de todos los hechos probados, aun los cometidos por personal subordinado a los otros Comandantes, en razón de la responsabilidad primaria del Ejército en las operaciones; c) Por haber omitido analizar la participación criminal de cada uno de los Comandantes en los hechos cometidos por los subordinados de las otras Fuerzas, en virtud de la colaboración dispuesta entre sus subordinados; d) Por la arbitrariedad en el análisis realizado con relación al delito de encubrimiento que, según la Cámara, exige el conocimiento concreto de cada caso por parte de los acusados para tenerlo por acreditado; e) Por la arbitrariedad en la graduación de las penas a los procesados Agosti y Lambruschini.

48) Que el tribunal a quo condenó a los comandantes militares como autores mediatos de los delitos que fueron objeto de este proceso, basándose en la prueba recogida de la que infirió el poder efectivo que cada uno de ellos, individualmente, poseía sobre la organización que los produjo, lo que les permitió el dominio sobre la voluntad de sus ejecutores indeterminados y sobre el hecho mismo, pues, para evitar la consumación de los delitos, les hubiera bastado con ordenar la cesación del sistema. Descartó así la responsabilidad de la junta Militar como ente supremo en el manejo de las operaciones contra la delincuencia subversiva, porque entendió que no había sido acreditada, como así tampoco que se hubiera probado la alegada concertación inicial de los procesados. Sostuvo también que la aceptación de estos argumentos era extremo indispensable para poder atribuir autoría a los integrantes de la Junta Militar por los hechos cometidos por los subordinados de cualquiera de ellos.

49) Que sin perjuicio de señalar que en los considerandos anteriores se ha modificado el encuadramiento jurídico que la Cámara efectuara de la conducta atribuida a cada uno de los procesados, en cuanto al grado de su participación, declarándolos, en cambio, partícipes necesarios de los hechos probados por la cooperación que prestaron para su comisión a sus respectivos subordinados; corresponde recordar que el a quo fijó la base fáctica teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes indicios: El aumento significativo del número de hechos a partir de marzo de 1976; la intervención de grupos de personas armadas en muchos casos con uniformes de la FF. AA. y utilizando vehículos afectados a la institución, uso de la noche y la uniformidad de los procedimientos; la existencia de centros de detención que se mantuvieron totalmente ocultos tanto a la ciudadanía como a las autoridades judiciales y extranjeras. Operaciones éstas que por su modalidad y cantidad, sólo pudieron ser practicadas con la orden previa de cada uno de los Comandantes Militares. Y en este sentido, los elementos de juicio que surgen de la prueba que se ha recepcionado, contribuyen a fundar la afirmación de que cada uno de los jefes militares obró con autonomía en este campo, sin someterse a ninguna autoridad superior, pues, además, la alegada dependencia de los Comandos a la junta Militar -argüida por la Fiscalía- no ha sido probada en el proceso. En efecto, se carece de toda prueba denominada directa -testimonial o documental- que así lo acredite y, como ya se ha expresado precedentemente, los indicios recogidos no apuntan a dar fundamento a la hipótesis del fiscal, sino, por el contrario, a confirmar que cada Comandante en jefe actuó con independencia y fue soberano en sus decisiones. En consecuencia, habida cuenta de que los agravios reseñados remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho común, cabe concluir en lo improcedente del recurso, ya que no se advierte arbitrariedad en lo decidido acerca de la fijación de los hechos cumplidos a partir de las órdenes, instrucciones y ayuda material, de organización y de elementos efectuada.

50) Que la defensa del encausado Massera plantea la nulidad de la declaración indagatoria que su defendido prestara ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, invocando la doctrina de la gravedad institucional. Sin embargo, el remedio debe ser declarado improcedente, toda vez que se advierte que el agravio no fue planteado en el recurso extraordinario, sino recién en esta presentación directa. (Fallos: 300:1203 y sus citas). Sin perjuicio de ello, se observa que en ese acto se le preguntó concretamente si había dispuesto una forma ilegal de obrar mientras era Comandante en Jefe.

51) Que también resulta improcedente la queja presentada por los procesados Videla y Lambruschini, en la que tachan de arbitraria la sentencia en cuanto ha dado por acreditada "la existencia de órdenes ilegales" emitidas por los Comandantes, como así también por el tratamiento efectuado en cuanto a la existencia de las causales de justificación que formulan junto a Viola y Massera. Ello es así, ya que se trata de cuestiones de hecho y prueba y de carácter común y procesal, que son propias de los jueces de la causa y que cuentan en el fallo con argumentos bastantes para fundarlos. Del mismo modo, no se advierte que la invocación de la doctrina del "interés institucional" permita en el caso su consideración o examen por la Corte Suprema, pues tal, interés institucional no se configura con suficiente entidad en un planteo del carácter antedicho.

52) Que, igualmente, con relación al agravio formulado por los procesados Viola y Massera referente a la arbitrariedad con que la Cámara manejó los casos que se les atribuyeron y por los que fueron condenados; como también en punto a las cuestiones planteadas por el imputado Lambruschini en cuanto al rechazo de prueba ofrecida y a la conclusión que dio por acreditada la comisión del delito de tormentos con la sola declaración de la presunta víctima, corresponde declarar la improcedencia de las quejas, toda vez que ellas se fundan en el simple disenso con el razonamiento del a quo, que, por otra parte, no aparece como arbitrario, sino de acuerdo con los principios de la sana crítica racional que en cuanto a la valuación de la prueba, se tuvieron en cuenta.

53) Que con relación a las presentaciones directas de los encausados Viola y Massera, en las que se alega la prescripción de la pretensión legal de los delitos de: a) Viola: privación ilegal de la libertad y b) Massera: robo en los casos 168, 170, 192, 201, 208, 222 y 568 por los que fueron condenados, debe también rechazárselas pues se trata de cuestiones de derecho común, no federales, cuyo tratamiento no ha sido arbitrario (Causa T.138.XX. "Tiscornia, Agustín E. y otros s/ estafa y falsificación de documentos", fallada el 22 de agosto de 1985). Ello es así -en el caso de Viola- porque fue partícipe necesario de tal delito permanente, que perduró mientras se mantuvo en el cargo, de tal suerte que entre la fecha de su alejamiento del comando de la fuerza (29 de diciembre de 1979) -momento en el que cesó su participación- y la fecha en que fue indagado (... de octubre de 1984) no transcurrió el máximo legal que el Código fija para la prescripción de la acción penal. Estas consideraciones también son aplicables a Massera, pues el curso de la prescripción de los robos se interrumpió por su participación en privaciones ilegales de la libertad (art. 67, Cód. Penal), y entre el momento en que dejó su cargo de Comandante en jefe (15 de setiembre de 1978) y la fecha en que se lo indagó (30 de agosto de 1984) no transcurrió el máximo de la pena señalada para aquéllos. Asimismo, es improcedente la queja del almirante Lambruschini referente al tipo penal del delito de privación ilegal de la libertad, por cuanto se trata de una cuestión de derecho común razonablemente abordada por la Cámara.

54) Que de igual modo, los planteos de Viola y Lambruschini, en cuanto se agravan por estimar arbitraria la fijación de las cuestiones de hecho y su votación por la Cámara deben ser rechazados, porque se trata de cuestiones puramente procesales excluidas del art. 14 de la ley 48. Además, las cuestiones de hecho previstas por el art. 379 del Cód. de justicia Militar, en cuanto a su formulación, se vinculan con la actuación de jueces legos y, en consecuencia, tratándose la Cámara de un órgano del Poder judicial, la omisión por ella de formalidades propias de aquellos jueces militares, no causa ningún agravio, mientras no se lesionen garantías constitucionales.

55) Que los condenados Agosti, Viola y Lambruschini impugnan la resolución de la Cámara en cuanto admitió determinada prueba testimonial. Así, Agosti ataca los testimonios vertidos en otros expedientes y que en este juicio fueron usados en su contra, y aduce que no hubo posibilidad de control por parte de su defensa (en los casos 117 y 118). El nombrado y Lambruschini tachan por igual motivo las declaraciones testimoniales receptadas mediante exhorto diplomático e incorporadas al proceso. Viola y Lambruschini refieren su agravio a la limitación -que consideran injustificada de la facultad de repreguntar en la audiencia-; y, finalmente, Lambruschini alega la inhabilidad de algunos testigos, de conformidad con los arts. 276 y 277 del Cód. de Proced. en Materia Penal, que considera aplicables en este punto supletoriamente. El recurso no puede prosperar con relación a ninguno de esos planteos, por la falta de relación directa entre la lesión que se argumenta y la garantía constitucional invocada (art. 15, ley 48), por cuanto si bien las supuestamente violadas son leyes federales, por tratarse de cuestiones de derecho procesal, son ajenas al recurso extraordinario (causa G.524.XIX. "Graso, Raineri; Novati, S. R. L. c. Bco. Hipotecario Nacional", fallada el 17 de octubre de 1985). Por otra parte, con referencia a los testimonios prestados mediante exhorto diplomático, como en otros expedientes, su valor probatorio no ha sido decisivo en las conclusiones a que arribara el tribunal sentenciante, toda vez que para ello la Cámara se ha basado en otros elementos de juicio además de aquéllos. Y en cuanto a la inhabilidad de algunos testigos que prestaron declaración, debe tenerse presente que teniendo en cuenta los principios que gobiernan el juicio oral aplicables al caso -art. 7º "in fine" de la ley 23.049-, el valor probatorio de las declaraciones de un testigo, debe ser apreciado de acuerdo al sistema de la sana crítica racional. En este sentido, se advierte que la valoración de la prueba hecha por la Cámara aparece adecuada a aquellos principios y es, en consecuencia, razonable.

56) Que los procesados Viola y Lambruschini impugnan la ley 23.049 por considerarla inconstitucional, por cuanto estiman que ha lesionado la garantía del juez Natural. También debe ser rechazado este planteo toda vez que se trata de una cuestión precluida conforme a lo resuelto, entre otros, "in re": "Juan Martín Romero Victorica, Fiscal Federal, plantea declinatoria de competencia en autos "Giorgi, Alfredo A. (expte. 2733), G.134.XX. el 16 de mayo de 1985". Por la misma razón, cabe rechazar el agravio del Almirante Lambruschini en cuanto a la inobservancia de las normas federales que regulan el modo de integración del tribunal a quo, ya que la cuestión ha sido decidida en la causa L.177.XX. "Lambruschini, Armando s/ dec. 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", el 27 de diciembre de 1984.

57) Que la defensa del Almirante Lambruschini se agravia por entender que con el dictado de la reglamentación atinente al juicio, el a quo creó los pasos a seguir, con lo que ha violado la garantía del debido proceso legal. Tampoco este planteo debe ser admitido porque la cuestión ya

fue resuelta por esta Corte en autos V.110.XX. "Videla, Jorge R. s/ causa instruida en cumplimiento del dec. 158/83", de fecha 27 de diciembre de 1984).

58) Que las defensas de los procesados Massera y Viola sostienen la invalidez del decreto 158/83 del P. E. N. en cuanto ordenó someterlos a juicio, por entender que excede las facultades del Presidente de la Nación y porque establece para el caso el procedimiento sumario. Sobre este tema, además de las consideraciones vertidas en su dictamen por el Procurador General de la Nación -que se comparten- debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 179 del Cód. de Justicia Militar, que establece que es el Presidente de la Nación, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, quien debe dictar la orden para la sustanciación del sumario en las causas referidas a los oficiales generales. Con relación a la competencia inicial del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, ella correspondía en virtud del art. 108, inc. 2º, del Cód. de justicia Militar -tanto conforme al texto vigente al dictarse el decreto mencionado como con posterioridad a la ley aludida- porque los delitos imputados aparecían cometidos por militares y en lugares sometidos a la jurisdicción militar; y finalmente, cabe señalar que el art. 502 del ordenamiento castrense citado establece que el procedimiento sumario en tiempo de paz -impreso en este proceso- procede cuándo sea necesaria la inmediata represión de un delito para mantener la moral, la disciplina y el espíritu militar de las Fuerzas Armadas, circunstancias éstas que son de apreciación exclusiva de quien ordena la instrucción, estando por ello exento de revisión por esta Corte, en tanto no genera menoscabo a la garantía de la defensa en juicio, lo que no ha ocurrido, por lo que deben declararse improcedentes ambas quejas. A idéntica decisión corresponde arribar en cuanto al alegado desconocimiento de la garantía de la defensa en juicio por la adopción de las reglas del procedimiento sumario, esgrimido por Viola y Lambruschini. Ello es así pues replantean, sin expresar los perjuicios concretos que dicho trámite les ocasionó, ni rebatir los argumentos del fallo recurrido, lo decidido por el tribunal en Fallos: 306:225).

59) Que los procesados Viola y Massera sostienen que sus respectivas declaraciones indagatorias son nulas, toda vez que han sido defectuosamente intimados. Al margen de la existencia de algún vicio en su recepción, cuya incidencia en la validez del acto no ha sido alegada, debe tenerse presente que los nombrados fueron interrogados por haber dado durante el lapso en que fueron Comandantes de sus respectivas fuerzas las ordenes ilegales a sus subordinados al actuar en la lucha contra el terrorismo subversivo. Además, la Cámara, luego de su avocamiento al conocimiento de la causa, fijó audiencia para recibirle declaración indagatoria en dos oportunidades, siendo intimados debidamente de acuerdo con los listados elaborados por la Fiscalía, en los que se concretaron cada uno de los hechos que se les atribuía. Por estas razones, la queja no procede.

60) Que las defensas de los encausados Viola, y Lambruschini tachan de inválida la acusación fiscal, fundándola en el incumplimiento de las formalidades prescriptas en el art. 361 del Cód. de justicia Militar. Los agravios deben rechazarse ya que el art. 499 de ese ordenamiento establece la ausencia de formalidades en la acusación, y conforme al art. 7º, inc. 9º, de la ley 23.049, que somete al debate a las exigencias del juicio oral, ésta se ha cumplido sin menoscabo de la garantía constitucional del debido proceso, puesto que ha fijado los hechos, individualizado al supuesto responsable, calificado jurídicamente su conducta, mencionado la prueba y pedido la pena correspondiente.

61) Que, finalmente, el procesado Viola impugna la sentencia por prejuzgamiento, parcialidad y arbitrariedad, toda vez que el "quantum" de la pena se estableció con anterioridad a la determinación de los hechos atribuidos a los procesados. La primera cuestión ha sido tardíamente deducida, pudiendo, en caso contrario, ser motivo de una recusación pero no de inconstitucionalidad de la sentencia. En cuanto a las restantes, el recurso carece de la mínima fundamentación para su procedencia desde el momento que no se objeta el marco de la pena legal.

62) Que los agravios de que dan cuenta la presentación directa de Graciela Castagnola Fernández Meijide, Enrique Fernández Meijide y Enrique Israel, referidos al incumplimiento de la obligación de juzgar todos los casos conexos a esta causa, a la arbitraria absolución de los casos cuya prueba fue desistida por el Ministerio Público, a la omisión de un debido análisis de las directivas impartidas por las Fuerzas Armadas, a la admisión de la existencia de una guerra y a la omisión, en que habría incurrido el a quo, de condenar, por falta de requisitoria fiscal, a los comandantes que sucedieron en el cargo a aquéllos que fueron sancionados por el delito de privación ilegal de la libertad, resultan improcedentes. Ello es así, porque respecto de estas cuestiones, los recurrentes carecen de la calidad de "persona particularmente ofendida por el delito" (art. 100 bis, Cód. de justicia Militar, agregado por la ley 23.049) y su ausencia no impide

ni limita el ejercicio del poder de acción, que en el ordenamiento castrense está a cargo del fiscal (art. 146); ya que la intervención de aquéllos prevista por la primera norma citada, no está equiparada a la del querellante (arts. 14, 170, 457, 463 y concs. Cód de Proced. en Materia Penal); sino que es restringida y condicionada a indicar medidas de prueba, solicitar que se les notifique la sentencia, o la radicación de la causa en la Cámara Federal; y, en consecuencia, no tienen el interés personal que, una pacífica doctrina del tribunal, exige para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 132:101; 149:137; 184:361; 187:444, y muchos otros). En lo que respecta a la denegación de medidas probatorias, la falta de referencia a la manera en que se podría haber modificado el fallo impugnado, torna también inadmisibles el recurso en el punto. Asimismo, el agravio referente a la supuesta responsabilidad de todos los enjuiciados por la privación ilegal de la libertad de los hijos de los apelantes basada en el carácter permanente del delito en cuestión, remite a temas de hecho y prueba, en los que la sentencia cuenta con argumentos bastantes, que no son eficazmente rebatidos. En lo que se relaciona a las impugnaciones sobre el criterio con que el a quo computó los plazos de prescripción de la acción penal, que es tachado de arbitrario, cabe remitirse a lo expuesto en el consid. 33) de la presente, donde se descartó similar cuestión, planteada por el Ministerio Público. De igual manera, los reparos en cuanto a la responsabilidad de algunos procesados por el delito de encubrimiento, ya fueron resueltos en el consid. 49) de esta decisión, por lo que cabe a allí remitirse.

63) Que la denegatoria del recurso extraordinario por falta de los requisitos previstos en el art. 100 bis del Cód. castrense, originó la presentación directa de María T. Piñero de Georgiadis, Ana M. Pérez de Smith, Jorge A. Taiana, Bella Epsztein de Frizman y Alberto Acosta, invocando su calidad de particulares damnificados por los hechos que constituyen el objeto de este proceso. El tribunal entiende que en dicho recurso de queja no se rebaten los argumentos vertidos por el a quo en el auto denegatorio. Sólo cabe agregar que la cita del precedente de fecha 22 de agosto de 1985 ("in re" F.296.XX.), con el propósito de fundar la legitimación de los recurrentes, resulta desacertada. Ello es así, pues en dicho pronunciamiento el tribunal estableció que los particulares damnificados podrían recurrir ante esta Corte por la vía del art. 6º de la ley 4055, "de mediar razón para ello". Esta condición, desde luego, comprende, entre otras cosas, que dichas personas estén en condiciones de invocar derechos que personal y directamente les hubieran sido afectados. De lo contrario -y ello es lo que acontece con los apelantes- carecerían del interés personal que es requisito ineludible para la interposición del remedio federal (ver considerando anterior).

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se confirma la sentencia apelada, modificando la calificación de autores mediatos de los procesados, por la de partícipes como cooperadores necesarios; manteniendo las penas impuestas atento a lo dispuesto por el art. 45 del Cód. Penal, y se la revoca en cuanto a los procesados Roberto E. Viola y Orlando R. Agosti, al primero de los cuales se lo absuelve de los delitos de privación ilegal de la libertad cometida en perjuicio de Mario Romero -caso 330- y Guillermo F. Puerta -caso 533- reduciéndole únicamente la pena de prisión a 16 años y 6 meses; y al segundo se lo absuelve de los delitos de robo en perjuicio de Carmen G. Florianí -caso 282-, Jorge O. Cardozo -caso 284-, y Américo O. Abrigo -caso 286- reduciéndole únicamente la pena de prisión a 3 años y 9 meses (art. 16, 2ª parte, ley 48). – JOSE S. CABALLERO (según este voto) – AUGUSTO C. BELLUSCIO (según su voto) – CARLOS S. FAYT (según su voto) – ENRIQUE S. PETRACCHI (en disidencia) – JORGE A. BACQUÉ (en disidencia).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal mediante la cual se condenó a Jorge R. Videla a reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua por la comisión de 66 homicidios doblemente calificados por alevosía e intervención de 3 ó más personas, 4 tormentos seguidos de muerte, 93 tormentos, 306 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencias y amenazas y 26 robos; a Emilio E. Massera a prisión perpetua por 3 homicidios agravados por alevosía, 12 tormentos, 69 privaciones ilegales de libertad calificadas por violencia y amenazas y 7 robos; a Orlando R. Agosti a 4 años y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por 8 tormentos y 3 robos; a Roberto E. Viola a 17 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua

por 11 tormentos, 86 privaciones ilegales de libertad y 3 robos; y a Armando Lambruschini a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por 35 privaciones ilegales de libertad y 10 tormentos; todos con la accesoria de destitución; y absolvió a Omar D. R. Graffigna, Leopoldo F. Galtieri, Jorge I. Anaya y Basilio A. Lami Dozo en relación a los delitos que el Poder Ejecutivo ordenó investigar mediante el dec. 158/83.

2º) Que los procesados Videla, Massera, Agosti y Viola plantean la inconstitucionalidad de la ley 23.040, pues entienden que lesiona el principio de (retroactividad de la ley penal al derogar y anular la ley de facto 22.924, que amnistiaba hechos de la índole de los que constituyen el objeto de esta causa. Sostienen, en tal sentido, que la última de las leyes citadas debe ser aplicada ultraactivamente por ser más benigna, y porque en caso contrario se violaría el art. 18 de la Constitución Nacional. Asimismo, los recurrentes arguyen que el art. 2º de la ley 23.040 desconoce la autoridad de la cosa juzgada, y, finalmente, se agravan por entender que el Congreso Nacional carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y proceder a su evaluación. Esgrimen, en este punto, que el Poder legislativo, al dictar la ley 23.040, ha invadido la esfera del Poder judicial, vulnerando los arts. 18, 67 y 100 de la Constitución.

3º) Que, conforme a la doctrina sentada por esta Corte, la validez de las normas y actos emanados de los gobiernos de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucional que los suceda la reconozca (Fallos: 306:176).

Con arreglo a esa doctrina, la validez y eficacia de las leyes dictadas por quienes ejercieron la facultad legisferante entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 se supedita a su ratificación expresa o tácita por el Congreso de la Nación. Ello es así puesto que si la Nación está regida por la Constitución, no hay más ley que la sancionada y promulgada de acuerdo a sus disposiciones. Los actos de contenido legislativo emanados de otra fuente son nulos (confr. doct. de Fallos: 174: 225, aunque referente al decreto de contenido legislativo dictado en una provincia por un interventor federal), tanto si provienen de un poder constitucional diferente como de un poder de facto. No habría diferencia esencial entre la nulidad de una ley dictada por el Poder Ejecutivo constitucional o por un tribunal judicial, y la de la ley dictada por el gobierno de facto, sea proveniente de la voluntad expresada individualmente por quien ejerce el Poder Ejecutivo de hecho, por éste acompañado de otro órgano también de facto, como las juntas militares o comisiones de asesoramiento legislativo. Queda a salvo la posibilidad de ratificación o convalidación por el Congreso, que convierte en ley al acto que no lo era.

4º) Que, como se señaló en el voto de los jueces Fayt y Belluscio en la causa S.606.XIX. "Soria, Silverio F. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ cobro de pesos", fallada el 2 de abril de 1985, puede estimarse que el Congreso de la Nación ha ratificado tácitamente la generalidad de las referidas leyes, al abrogar algunas, modificar otras, y suspender o prorrogar la vigencia de otras más.

Sin embargo, la voluntad legislativa de no ratificar la ley 22.924 -cualesquiera que hubiesen sido los términos utilizados para manifestarla, aun cuando ellos no se ajusten a una perfecta técnica jurídica- quedó claramente expresada cuando, apenas instalado el Congreso, su primer acto de sustancia legislativa consistió en el dictado de la ley 23.040, que dejó sin efecto por nula e inconstitucional a aquélla, la cual, de tal modo, dejó retroactivamente de ser ley de la Nación y producir consecuencias jurídicas.

5º) Que la negativa de ratificación por el Congreso priva de efectos con retroactividad a las leyes de facto, queda demostrado especialmente cuando tales leyes disponen amnistías. En efecto, está fuera de discusión que una ley de amnistía constitucionalmente válida produce sus efectos de modo definitivo aun cuando posteriormente sea derogada, ya que el art. 2º del Cód. Penal establece la aplicación de la ley más benigna, aun cuando no rija al tiempo de cometerse el delito ni al de pronunciarse el fallo, sino en una época intermedia; el delito cometido antes de la amnistía válida no podría ser punido ni aun después de su derogación, porque se aplicaría la ley que en el tiempo intermedio habría suprimido la delictuosidad del hecho. Por tanto, si se admitiese que el Congreso sólo pudiera derogar para el futuro la ley de facto de amnistía, quedaría consagrada la iniquidad de que esa derogación fuese meramente teórica, privada de consecuencias prácticas, ya que, aun temporariamente vigente, la ley de facto habría producido consecuencias definitivas sobre las cuales no sería posible volver. El poder de facto trascendería, así, sobre los poderes constitucionales sin remedio, por más que hubiese obrado en contraposición con la ampliamente mayoritaria voluntad del país.

6º) Que, en razón de lo expuesto, carece de sustento la pretensión de los recurrentes de que en virtud del principio del art. 2º del Cód. Penal se aplique ultraactivamente la ley no ratificada por el Congreso, ya que, negada explícitamente la ratificación, ella no configura ley en el sentido que a tal expresión atribuye la Constitución, y no pueden reconocérsele efectos de ninguna especie.

7º) Que, por idénticas razones, lo establecido en el art. 2º de la ley 23.040 no vulnera la autoridad de la cosa juzgada. Esta, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales (Fallos: 238:18). Así, esta Corte ha reconocido numerosas excepciones al principio de la inmutabilidad de las sentencias (Fallos: 254:320; 255: 162; 258:220; 278:85, entre otros), dado que los loables motivos que lo inspiran no son absolutos, y deben ceder frente a la necesidad de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional (Fallos: 281:421). Este caso constituye una excepción más, puesto que no cabe admitir la subsistencia del juzgamiento basado en una norma legal de facto que, como ha quedado expresado, resultó privada retroactivamente de efectos por voluntad del órgano legislativo constitucional.

8º) Que las defensas de los procesados Videla, Viola y Lambruschini afirman que la interpretación efectuada por la Cámara del art. 514 del Cód. de Justicia Militar resulta arbitraria, toda vez que, según entienden, implica una contradicción que a los ejecutores que resulten responsables se les apliquen las reglas que, sobre la participación, prevé el Código Penal, y a quienes impartieron las órdenes, lo establecido en la norma castrense citada. Por tal motivo, reclaman la aplicación del ordenamiento penal común en ambos supuestos. Además, sostienen que el art. 514 del Cód. de Justicia Militar no contempla un supuesto de autoría sino que establece una ficción de responsabilidad referente sólo a los subordinados; por lo cual -al utilizarla para calificar la conducta de sus asistidos- se habría realizado una interpretación extensiva violatoria de la garantía del art. 18 de la Constitución.

Asimismo, las defensas de los nombrados y la del encausado Massera sostienen que, respecto del art. 45 del Cód. Penal, los jueces de la anterior instancia incurrieron en interpretación extensiva de la ley penal, violatoria del art. 18 de la Constitución.

9º) Que los recursos son admisibles en cuanto cuestionan la interpretación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar. En efecto, si bien era doctrina de esta Corte que la jurisdicción ejercida por los tribunales militares no es la del art. 100 de la Constitución, por lo que, en lo referente a la interpretación de las normas castrenses, carecería de las facultades de revisión que le competen respecto del resto de las leyes federales (Fallos: 149:175; 175:166; 258:351; 265:159; 298:285 y otros), tal postura, habida cuenta del establecimiento por la ley 23.049 de una instancia de revisión judicial de los fallos dictados por los tribunales militares, no puede ser mantenida (doctrina de la causa C.368.XX. "Capitán Jorge Santa Ana y otros s/ abandono de personas y encubrimiento", fallada el 27 de junio de 1985).

Por tanto, toda vez que la decisión del a quo se funda en la aludida norma federal y resulta contraria al derecho alegado por los apelantes, el recurso extraordinario es procedente (art. 14, inc. 3º, ley 48).

10) Que la sentencia del a quo ha dado por demostrado que, en fecha cercana al 24 de marzo de 1976 (no expresa si anterior o posterior), algunos de los procesados, en su calidad de Comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a

desprestigiar al gobierno. Para permitir su cumplimiento, los Comandantes dispusieron que los ejecutores directos fueran provistos de los medios necesarios, ropa, vehículos, combustibles, armas, municiones, lugares de alojamiento de los cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera. Finalmente, se dio por probado que las ordenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que pueden considerarse -como los robos producidos- consecuencia del sistema adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en los centros militares que utilizaban como base de operaciones los grupos encargados de capturar a los sospechosos.

11) Que sobre la base de esos hechos, y al entender el a quo que ellos eran de jurisdicción militar por aplicación de los arts. 108 del Cód. castrense y 10 de la ley 23.049, analizó el encuadramiento de la conducta de los procesados de acuerdo con las reglas de los arts. 513 y 514 del Cód. de Justicia Militar. Sostuvo así que el primero de dichos artículos -contenido en el capítulo II, "Complicidad", del título I, libro I, tratado tercero- establece que en los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las pautas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas situaciones; y que el art. 514 es la excepción a esta regla, pues determina que en los delitos cometidos por la ejecución de una orden del servicio, el único responsable es el superior que la dio; a quien asignó carácter de autor mediato por aplicación del principio del dominio, del hecho -que consideró esencial para la determinación de aquél- estimando que coexiste con el autor inmediato voluntario y consciente de la ejecución. También ponderó la sentencia que el art. 514 del Cód. castrense se aparta de los lineamientos de la teoría formal objetiva en materia de autoría, por lo que adopta el criterio objetivo material del dominio del hecho, basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar, que exige cabal obediencia del inferior jerárquico y férreo cumplimiento de la disciplina, mantenidas mediante la seguridad de que las órdenes van a ser obedecidas bajo amenaza de sanciones -arts. 667 y 674- y exclusión de reclamaciones suspensivas del cumplimiento -art. 675-. Concluyó afirmando que el art. 514 contiene un supuesto de autoría mediata y que, además, las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de actos del servicio en el sentido del art. 878 del Cód. de Justicia Militar, con el alcance que esta Corte habría otorgado a esa norma del ordenamiento castrense, ya que los procesados estaban en pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas y en su carácter de Comandantes en Jefe emitieron las ordenes ilícitas con motivo de las operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista.

12) Que la interpretación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar que ha efectuado el a quo, no resulta adecuada a derecho. En efecto, tal artículo dispone que cuando se cometiera delito por una orden del servicio, será único responsable el superior que dio la orden, en tanto que el subordinado será considerado cómplice, cuando se hubiere excedido en su cumplimiento. Del texto surgen, pues, tres hipótesis: la primera de ellas, mira exclusivamente al superior y le traslada la responsabilidad por el delito comprendido en la orden del servicio, ya sea porque supone el error del inferior, o bien porque el acto importa un abuso conexo e inmediatamente vinculado con la orden del servicio conforme a su carácter corriente, y relativo a la actividad militar en la esfera que le es propia; pero no, en cambio, cuando en tiempo de paz, la orden importa la comisión de un hecho contra la vida o la libertad, como sería el caso de los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos, en perjuicio de personas no sometidas a la jurisdicción militar ni vinculadas con la vida castrense. Ello es así, ya que si bien las órdenes del servicio están excluidas de la facultad de inspección -art. 675- por lo que una vez emitidas por el superior, el subordinado debe cumplirlas -salvo excepciones-, para el caso de comisión de un delito por su ejecución, la propia regla ha establecido una transferencia de la responsabilidad al superior, que está fundada en la distribución de funciones y en el fin de asegurar la disciplina con mayor rigor; vale decir, que no es una transferencia de la calidad de autor, sino de responsabilidad penal, con el objeto de imponer la disciplina. En cuanto al segundo supuesto, el artículo se refiere al subordinado, a quien considera cómplice en el exceso que hubiera cometido, esto es, en otro hecho distinto de lo ordenado, para abarcar de ese modo algunos supuestos de la relación superior-subordinado que resulten de una actividad comprendida en cierto modo en la orden, y que la torpeza del superior favorece; o bien por estar abarcado -el exceso- en el dolo eventual de quien dio la orden. Por último, y para fundar la transferencia de responsabilidad al superior, puede entenderse que la ley analiza a la orden del servicio como una forma de cumplimiento del deber por el superior, de manera que es él quien debe vigilar su ejecución por el inferior, para así cumplir con aquello que el mismo superior está obligado a hacer por mandato de la ley y de la situación. Es por eso que el superior debe controlar el cumplimiento, y responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar: De donde surge, que, sea la orden legítima o ilegítima, siempre debe tener una estructura limitada a lo que es propio o corriente de su función.

13) Que para una correcta interpretación de esta cuestión, es necesario precisar el alcance que se le asigna en su formalidad y contenido a la expresión "órdenes del servicio". En este sentido, los delitos cometidos por la "ejecución de una orden del servicio", son aquellos conexos con el ámbito de la función; y no los externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas y que son los que se investigan en esta causa: homicidios, privaciones ilegales de la libertad, tormentos. Por lo que únicamente están comprendidos en esta norma aquellos hechos ilícitos que por sus características fácticas están conectados con la finalidad de la orden y se hallan dentro del circuito de los hechos próximos, vinculados inicialmente con la competencia y al deber del superior, cuando el sujeto pasivo o las cosas están en el espacio propio de esa competencia. En verdad, se trataría de delitos configurativos de abusos, conexos -en definitiva- a una desviación de la función. Y aunque se admitiera que en este limitado campo el art. 514 hubiera aceptado la autoría mediata, tal criterio no podría transferirse a los crímenes comunes que se imputan cometidos en la causa en perjuicio de personas ajenas a la vida militar.

14) Que, sobre este particular, merece destacarse que el examen de los antecedentes del Código Penal Militar alemán a partir de 1873 que ha efectuado la Cámara, no cuenta hoy en ese país con el respaldo interpretativo que realizó dicho tribunal. Jescheck ("Tratado de derecho penal, parte general", t. II, p. 906, traducción de Puig y Muñoz Conde, 1981) ha afirmado que resulta excluida la culpabilidad del soldado que cometió un delito grave o menos grave por virtud de una orden, si no ha advertido ni podía advertir la antijuricidad penal del hecho (conforme al parág. 33, Cód. Penal Militar alemán). El superior será, entonces, autor mediato, pero si, el subordinado actúa, por el contrario, culpablemente, él será autor, aunque mediante el parág. 30, 5º, II, de ese Código, pueda aplicarse una atenuación de la pena o, incluso, su dispensa por escasa culpabilidad. Para este autor, pues, "el superior será castigado como inductor" según el parág. 33 citado. A ello ha agregado -con cita de otros autores, que estima equivocados- el fallo del Tribunal Superior Federal que considera al soldado plenamente responsable como mero cómplice en el orden militar. Estas contradicciones revelan así las limitaciones a las que los tribunales nacionales están sometidos cuando se trata de interpretar el art. 514 del Cód. de Justicia Militar, que procede de la legislación castrense alemana. Y permiten inferir, finalmente, que la fundamentación dada en la mencionada norma para hechos de la naturaleza y características de los aquí investigados, ha resultado ser una interpretación que está fuera del contexto en el que, para asegurar la disciplina y el deber, ha sido dictado tal artículo.

15) Que, como consecuencia de lo expuesto, el tribunal entiende que el art. 514 del Cód. de Justicia Militar tiene en tiempo de paz -como era en el "sub examine"- una aplicación limitada al campo de la jurisdicción militar en el marco de las órdenes del servicio, con excepciones que justifican la desobediencia o la atenuación de la insubordinación, cuando ellas impliquen la reacción ante un abuso de los permitidos al superior, pero no frente al abuso arbitrario, atento a lo dispuesto por el art. 187 que establece la obligación de denunciar la perpetración de delitos sujetos a la jurisdicción de los tribunales castrenses, bajo la sanción de cometer el delito de encubrimiento. Por ello es que resulta evidente que por la remisión del art. 513 del Cód. de Justicia Militar, debieron tenerse en cuenta las reglas de la participación que fija el art. 45 del Cód. Penal para el juzgamiento de hechos ilícitos ajenos a la función castrense, cometidos por personal militar en tiempo de paz, como son los que constituyen el objeto de este proceso. Lo expuesto permite afirmar que aquella inteligencia realizada por el a quo -aplicando forzada y analógicamente el art. 514 y declarando a los acusados autores mediatos de esos delitos- ha configurado una interpretación extensiva efectuada en perjuicio de los encartados, y les ha atribuido un grado de participación más pleno agravando su situación, lo que está vedado por el principio constitucional de legalidad del régimen penal. En efecto, son conceptos indudablemente recibidos por el art. 18 de la Constitución Nacional, que el derecho represivo -en cualquiera de sus ramas- constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera por la naturaleza de los objetos jurídicos de que trata, ningún tipo de integración extensiva o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley; y que si bien constituye tarea específica de los jueces interpretar las normas legales a los fines de la correcta determinación de su sentido jurídico, en materia penal se excluye toda interpretación analógica o extensiva de las normas punitivas (Fallos: 301:395; disidencia en Fallos: 300:988; 305:2175; 306:1433; doctrina de la causa C.1040.XX. "Citreex, S. A. I. C. s/ apelación", fallada el 28 de octubre de 1986).

16) Que las razones expuestas también tornan admisibles los recursos, en tanto aducen que la interpretación del art. 45 del Código Penal realizada por el a quo lesiona el principio de ley previa contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, al consentir la aplicación extensiva del concepto de autor a través de la fórmula del autor mediato, infiriéndola de las expresiones

"tomasen parte en la ejecución del hecho", y "hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo" contenidas en dicha regla. Si bien se trata de la inteligencia de una norma común, ajena al remedio del art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para abrir el recurso cuando por este medio se tiende a evitar un quebrantamiento de principios con marcado sustento constitucional (doctrina de las causas: C.269.XX. "Compañía Financiera Flores, S. A. s/ quiebra s/ incidente revisión prom. por Sociedad Militar Seguro de Vida"; A.221.XX. "Adami, Leonardo E., Vázquez Fendrik, Horacio D. s/ hurto", falladas en 20 de agosto de 1985 y el 25 de setiembre de 1986).

17) Que, en efecto, tanto al aplicar el art. 514 del Código de justicia Militar, como al interpretar el art. 45 del Código Penal, el sentenciante ha consentido que la doctrina penal es pacífica al denominar autor mediato a quien, para ejecutar la acción típica, se sirve de otra persona como instrumento, dominando la voluntad del ejecutor. Sin embargo, admite la coexistencia de la autoría mediata con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato-, situación que aun se daría en el supuesto en que se dominara la voluntad de éste a través de un aparato organizado de poder, en el que el ejecutor sería sustituible y no actuaría como una persona individual, sino como un engranaje de aquélla maquinaria. Concluye así, reforzando su convicción de que los procesados son autores mediatos de los hechos que se les atribuyen.

18) Que es oportuno destacar que la doctrina científica en el derecho comparado, no ha aceptado -en la legislación penal común- que el criterio del dominio del hecho sea decisivo para distinguir el concepto de autor del de partícipe. En España, como en Italia y en Francia, la postura que prevalece es la formal objetiva (Gimbernat Ordeig, "Introducción a la parte general de derecho penal", Madrid, 1979; Mantovani, "Derecho penal", 1979, p. 462; Bouzart, "Derecho penal y criminología", 1970; Garraud y Roux, citados por Garçon, Rousselet, Patin y Ancel en su Código Penal anotado, París, 1956), que define al autor como aquél que realiza todos los hechos que la Consumación del tipo exige, ejecutándolo o interviniendo en su ejecución, vale decir, el que pone en obra la acción u omisión definida por la ley, de manera que cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría. Por su parte, el Tribunal Supremo de España, al aplicar el art. 14, inc. 1º, de su Código penal -de redacción similar a nuestro art. 45-; la Corte de Casación italiana, en cuanto a los arts. 100 y 111; y la Corte de Casación francesa, con respecto a los arts. 59 y 60 de sus respectivos ordenamientos represivos, han rechazado enérgicamente la necesidad de fundamentar en el principio del dominio del hecho la distinción entre autor y cómplice o partícipe distinto del autor, aun cuando, con argumentos diversos, consideran ciertas excepciones en punto a la obediencia debida en el orden militar, con un contenido muy limitado en cuanto a las infracciones que pueden ser objeto del traslado de la responsabilidad al superior. En Alemania, su país de origen, esta doctrina recibió serias objeciones (Baumann, "Derecho penal, parte general", ps. 96 y 109, Buenos Aires, 1973), tanto en relación con el texto anterior, como con el que adoptó el parág. 25 de la nueva redacción de 1975 (Baumann, "Derecho penal, parte general", Ed. Bielefeld, 1975), que define expresamente al autor estableciendo que "será castigado como autor, quien cometa el hecho por sí mismo o sirviéndose de otro"; mientras que el Tribunal Supremo alemán, sólo la ha aplicado muy limitadamente, en supuestos de tráfico de divisas, descartándola al juzgar a quien mató a un hombre por su propia mano, por considerarlo autor, aunque lo hubiera hecho bajo el influjo y en presencia de otra persona y únicamente en interés de ésta. Es que en esta nación siempre dominó la teoría subjetiva de la participación, aun en los supuestos de la delincuencia nacionalsocialista, en los cuales los tribunales se resistieron a "...estimar autoría cuando los ejecutores se encuentran en la esfera de poder del que imparte la orden..." inclinándose, en cambio, a la complicidad en base a la teoría subjetiva de la participación (Jescheck; "Tratado de derecho penal, parte general, traducción de Mir Puig, Barcelona, 1978; Mir Puig y Muñoz Conde, Ediciones de Derecho Penal Español, Volumen II, Barcelona, 1981).

19) Que, el tratadista alemán mencionado ha reconocido tales limitaciones en la admisión de la teoría del dominio del hecho, y sólo la acepta con relación a; la ciencia penal, juzgándola preponderante en ese aspecto (obra citada, vol. II, p. 898 y sigts.); pues entiende que sólo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuyó a dominar el curso de hecho. Partiendo de esta base valorativa, acepta como tales a los casos tradicionales de autoría mediata consentidos por la doctrina y la jurisprudencia (obrar a través de un inimputable, equivocado o coaccionado) en los que la "prevalencia" del "hombre de atrás" equivale a la comisión directa del hecho por éste. Es por eso que Jescheck saca de la autoría mediata a quien "...induce a una persona que actúa típica, antijurídicamente y con plena responsabilidad..." pues la resolución de ejecutar el hecho se toma en tales casos globalmente, bajo la poderosa influencia del "hombre de atrás". Este sería un inductor o instigador conforme a la amplitud de medios interpretativos que suministra el párag. 48 del Cód. Penal alemán en su anterior redacción; y es claro que este partícipe será instigador para nuestro art. 45, sólo en la

medida en que "determinare directamente a otro" a cometer el delito. Otra posibilidad de autoría mediata la admite bajo la forma de coautoría mediata, en los supuestos de "distribución de funciones", cuando la contribución al hecho no entra formalmente en el ámbito de la acción típica, pero constituye una parte necesaria en la ejecución del plan global, según una adecuada "división del trabajo" (dominio del hecho funcional). El segundo criterio es coherente con la cooperación necesaria a que se refiere el art. 45 del Cód. Penal argentino, distinguiéndola de aquellos que están en el campo de la ejecución del hecho; y así debe enmarcarse.

20) Que el breve examen efectuado de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, revela las limitaciones de la teoría dominante en Alemania, que termina por reconocer que la inmediata realización del tipo implica la presunción irrefutable del dominio del hecho, con lo cual cobra un relieve decisivo la doctrina formal objetiva; como así también, que las formas de coautoría por "división de funciones", en cuanto importen realización de actos extratípicos -pero necesarios para la realización del delito- sólo caben en la participación necesaria de nuestro código penal (art. 45), que siempre constituye una forma de complicidad. Sólo una minoría numérica de autores alemanes, que no encuentran correspondencia destacada en la jurisprudencia del Tribunal Federal Superior (Roxin, "Taterschaft", p. 242), parten de un concepto más amplio de autoría mediata y sostienen, como el a quo, que tal autoría se da en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Tal funcionario, que pone en movimiento -en una etapa intermedia de realización- una operación de exterminio o privación de la libertad de un grupo de personas, no obra ni coaccionado ni por error, pese a lo que, en virtud de la fácil fungibilidad del sujeto que podría ser reemplazado en el trámite por otro cualquiera, admiten la autoría mediata para los miembros superiores del aparato de poder. Claro que estos sostenedores de la teoría del dominio del hecho, también admiten la punibilidad del instrumento como autor inmediato, con lo que afirman una autoría mediata que va más allá de los "coautores" de Jescheck (párag. 25, II, del Cód. Penal alemán), para quien todos los intervinientes deben, en primer lugar, ser "cotitulares de la decisión común de realizar el hecho, porque sólo pueden tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho, y...además, todos deben haber aportado objetivamente una contribución al hecho que se halle calificada por su importancia para el resultado y que, en todo caso, no constituya sólo un acto preparatorio (sino de ejecución)" (obra citada, p. 899).

21) Que asimismo, esta corriente del "dominio del hecho" -expresión sobre la que no se ha llegado a un concepto sino a meras descripciones aproximativas, y que en relación a la participación mediante aparatos de poder organizado no ha sido mencionada en absoluto por la ciencia y la jurisprudencia- (Roxin, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, año VIII, julio/sept. 1985, nº 31, p. 400 y siguientes), reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato, que coexiste con la de autor mediato; con lo que produce no sólo la inconsecuencia metodológica resultante de que el autor inmediato goza de la presunción irrefutable de su dominio sobre el hecho, sino también la conclusión de que el autor mediato pasa a convertirse en un autor por extensión, sin haber realizado acciones típicas. En estas condiciones, si lo determinante de la autoría delictiva no es la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquéllos, la legalidad de los delitos y de las penas, la "ley previa", queda sin fundamento, y así se lesiona el principio que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional. Por ello es que, en las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que, tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y proveyeron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del art. 45 del Cód. Penal, porque éstos están en el campo de la ejecución en cuanto al principio de ejecución (art. 40, Cód. Penal) y consumación (art. 45) (Nuñez, "Manual de derecho penal", 3ª ed., 1984, Ed. Lerner, p. 300 y sigs.). No debe olvidarse que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que "los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido a proceso civil o militar o eliminado físicamente" con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del "aparato de poder" de Roxin.

22) Que son dos las formas de aplicación extensiva de la autoría que -más allá de la configuración de los tipos respectivos- se han llevado a cabo en la sentencia; la primera, por haber efectuado una interpretación integrativa que creó una contradicción y que se infiere de aceptar la existencia simultánea de un autor mediato, que es quien tendría siempre el llamado "dominio del hecho", y la de un autor inmediato, su ejecutor. En efecto, dichas existencias

simultáneas no se concilian, porque si existiera un ejecutor responsable del delito, éste tendría el "dominio del hecho" y desplazaría al autor mediato. De aquí que para aceptar la coexistencia de ambos autores haya debido recurrirse a un concepto extensivo del autor, a la manera del autor alemán Roxin, quien, como se dijo, sostiene que es posible la coexistencia de un autor mediato y de otro inmediato cuando se trata de un obrar a través de un aparato organizado de poder caracterizado por la fungibilidad del ejecutor, que no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Así, este concepto de autor es extensivo con relación al tipo de cada figura delictiva de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas y tormentos y demás delitos imputados, dado que la ampliación de la participación en tales figuras sólo se puede realizar conforme a la regla del art. 45 del Cód. Penal, que coloca al autor o a los autores en el campo de la ejecución del hecho; y denomina cómplices a los que realicen cualquier otra acción previa o concomitante, fuera del marco de la ejecución. Frente al criterio legal, que define a la autoría o a la coautoría con la exigencia de "tomar parte en la ejecución del hecho", cualquier otra intervención vinculada con la realización del delito importa una cooperación, un auxilio o una ayuda.

23) Que el segundo caso de interpretación extensiva se ha producido al incluir en la última parte del art. 45 del Cód. Penal a la "autoría mediata" como forma de determinación directa que está más allá de la instigación. Se trata pues, de otra vía elíptica para receptar la coexistencia del autor mediato con el inmediato mediante la extensión extratípica del concepto de instigador. Es que si la "determinación directa" del art. 45 del Cód. Penal significara admitir la forma de instigación y la de autoría a la vez, representaría aplicar al autor mediato las reglas de la instigación, con lo cual el que domina el hecho sería a la vez persuasor y ejecutor. La contradicción -evidente- se trató de superar mediante un subterfugio, para aceptar la coexistencia de la autoría mediata con una forma extensiva de la instigación, lo que es inadmisibles; pues el concepto de instigación enmarca una participación puramente psíquica, que el instigador dirige derechamente a la concreta finalidad de hacer que el instigado voluntaria, libre y conscientemente, tome la resolución de cometer el delito. Esa actividad intelectual que despliega el instigador se agota una vez tomada la resolución, de tal manera que la realización del delito depende del instigado, que se convierte así en único autor. Y si a aquel obrar psíquico se le agrega alguna otra aportación material, la actividad del sujeto se desplaza del concepto de instigación e ingresa en el de partícipe, que auxilia, ayuda o coopera, y cuya calidad de necesario o no dependerá de la materialidad y el valor de esa cooperación.'

24) Que, a mayor abundamiento, basta como ejemplo para demostrar que el Código Penal argentino no recepta la autoría mediata en el sentido que le ha dado el a quo, el análisis del art. 80, inc. 3º -homicidio por precio o promesa remuneratoria-, que ha regido continuamente desde 1921, aunque no como inciso independiente. En esta figura, aquél que paga el precio o realiza la promesa al sicario y que actúa en la etapa preparatoria de la oferta o del pago, no es considerado como autor ni coautor, sino que su responsabilidad sólo puede ser establecida mediante las formas del art. 45, de modo tal que cuando la promesa, el pago, la entrega de armas o la protección al autor, fueran decisivos para la comisión del delito, será un cooperador necesario.

25) Que pueden extraerse similares conclusiones de los artículos del Código Penal que, vigentes al tiempo de comisión de los hechos ilícitos investigados, estaban destinados a reprimir a quienes cometieran delitos contra la libertad individual. A tal punto ello es así, que aun cuando con el fin de instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas el legislador se ha visto en la necesidad de ampliar el ámbito de la punibilidad, no ha llegado a crear formas de autoría mediata. En efecto, la ley 23.097 -publicada el 29 de octubre de 1984- extendió la incriminación a conductas previas a la tortura, castigando al funcionario que "omitiere evitar la comisión de alguno de los hechos (de tortura previstos en el art. 144 ter) cuando tuviere competencia para ello" (art. 144 cuarto, inc. 1º, Cód. Penal vigente). Esta norma sanciona como autor de un delito de omisión al funcionario público que no evita que sus subordinados impongan a personas legítima o ilegítimamente privadas de su libertad cualquier clase de tortura; de donde el tipo penal especializa la figura del art. 248, que se refiere al funcionario que "...no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere..." que son, precisamente las que definen su competencia. Pero no deben exagerarse los límites de esta forma de autoría, pues la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura, ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho (confr. Fallos: 305:1649). En igual sentido, con el art. 144 quinto del Código de fondo se buscó reprimir la conducta negligente del funcionario que está a cargo del organismo donde se impusieron a personas privadas legítima o ilegítimamente de su libertad tormentos físicos o

sufrimientos psíquicos de gravedad suficiente, y que hubiera dado lugar de modo directo a la comisión de la tortura, "...si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiera cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario". Esta conducta es culposa -porque si se tratare de una omisión connivente, y por lo tanto, intencional, haría responder al autor como partícipe necesario del delito de torturas, en razón de la mayor jerarquía punitiva de esta figura (arts. 144 ter y 45, Cód. Penal)- pero igualmente el autor tiene responsabilidad autónoma originada en su omisión, no obstante la vinculación de su delito con el resultado de tormentos. Todo esto permite afirmar que ante la insuficiencia de las normas que reprimían la tortura y por ser conveniente ampliar los hechos previos a ésta, pero vinculados causalmente en forma dolosa o culposa, el legislador ha creado figuras intermedias que no reconocen la autoría mediata, porque en el sistema del Código Penal son suficientes las reglas de la participación (arts. 45 y concordantes).

26) Que de conformidad con lo expresado precedentemente, y teniendo en cuenta los hechos que la Cámara ha dado por probados con arreglo a las diligencias realizadas, cabe concluir en que al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho; es decir, que en el "iter criminis", su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendido que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso ésta es ajena a la realización de la acción típica como ejecución. Por lo que corresponde modificar la calificación efectuada.

27) Que lo antedicho también resulta aplicable a los delitos de robo investigados, toda vez que puede atribuirse a los procesados órdenes e instrucciones y cooperación material y moral con relevancia causal en la realización de los delitos privativos de la libertad, como así también la ejecución de acciones extratípicas, pero encaminadas por el auxilio y ayuda a la comisión de tales hechos ilícitos ejecutados por sus autores materiales. Sobre esa base; los acusados deben responder como partícipes necesarios, pues no se percibe exceso de los ejecutores en los medios ni aun en los fines, sino que la plataforma fáctica que el a quo dio por probada, revela que las órdenes contenían la facultad de apoderarse ilegítimamente de cosas muebles ajenas, como se infiere de que parte de los efectos sustraídos se encontraran, muchas veces, en los lugares de la primera detención y no en poder de sus autores materiales. Ello es así, porque si bien el art. 47 del Cód. Penal argentino decide las consecuencias de otro hecho cometido por el partícipe desde la culpabilidad, lo hace a partir de las "circunstancias particulares de la causa" que han sido apreciadas por la sentencia.

28) Que el Ministerio Público se agravia en cuanto el a quo declaró prescripta la acción penal, en los delitos de privación ilegal de la libertad que se atribuían al procesado Agosti, por cuanto entendió que había transcurrido el máximo de la pena establecida para el delito, desde el mes de mayo de 1978 -fecha de la destrucción del centro de detención clandestino denominado Mansión Seré, que dependía de la Fuerza Aérea- hasta el día en que el encausado prestó declaración indagatoria, 2 de agosto de 1984. Afirma la Fiscalía que la sentencia es arbitraria porque ha dado el mismo tratamiento a los casos de personas que recuperaron su libertad y a los casos de aquéllas que, aún hoy, permanecen en calidad de desaparecidos, ignorándose su paradero. Expresa que en relación a estos últimos, dado el carácter de permanente de esos delitos, es irrazonable sostener que su comisión haya cesado en alguna fecha precisa, que la Cámara fija, arbitrariamente, en el momento en que fue destruida la Mansión Seré. Estima que el "dies a quo" de la prescripción debió fijarse cuando Agosti dejó su cargo de comandante en jefe de la Fuerza, con lo que no habrían prescripto estos delitos. Finalmente los representantes del Ministerio Público se agravian en lo relativo al caso 486 ya que la prescripción declarada por el a quo -sobre la base de la entrega de la víctima a la Marina- resulta arbitraria en tanto desconocer, sin fundamento alguno, la complicidad en la permanencia del delito, materializado por medio de la entrega.

29) Que el recurso no resulta procedente, toda vez que remite a la consideración de temas de hechos, prueba y de derecho común, que no han sido resueltos de un modo irrazonable por el tribunal sentenciante.

En efecto, se ha dado por acreditado que el centro de detención Mansión Seré era el único que dependía de la Fuerza Aérea, y no se ha aportado ningún elemento de prueba que permita, siquiera, sospechar sobre la existencia de otro lugar de esas características que

funcionase dentro de esa fuerza. Es por ello que resulta razonable concluir que la fecha de destrucción de aquél determina el cese de la participación del procesado en su comisión, lo que no significa que se dé por sentado que en ese momento haya concluido la comisión de los delitos permanentes cuyas víctimas figuran como desaparecidas.

30) Que lo atinente al caso 486 -cuya víctima Pilar Calveiro de Campiglia fue entregada al personal de la Marina de Guerra- cabe remitir a lo ya expuesto, a lo que hay que agregar que la alegada falta de fundamentación no es tal, pues la decisión a que se ha arribado es consecuencia del criterio seguido en lo atinente a la atribución de responsabilidad a cada encausado, sólo por los hechos cometidos por sus respectivos subordinados.

31) Que el procesado Agosti se agravia en cuanto la sentencia del tribunal de grado lo condena por la comisión de tres hechos ilícitos -casos 282, 284 y 286-, subsumidos en el tipo penal contenido en el art. 164 del Cód. de fondo. Se funda para ello en que en que en la oportunidad procesal correspondiente no fue interrogado concretamente por tales hechos, motivo por el cual, entiende, se ha obstado al ejercicio de la defensa en juicio, garantizada por el art. 18 de la Constitución Nacional. Subsidiariamente, afirma el recurrente que los jueces de la anterior instancia debieron declarar prescripta la acción penal en relación a esos delitos pues, conforme a la "teoría del paralelismo" seguida en el fallo recurrido, habría transcurrido el plazo máximo para que operase el mencionado impedimento de la persecución penal, según lo establecido en el inc. 2º del art. 62 del Cód. Penal.

32) Que ambas cuestiones, como lo reconoce el apelante en el remedio federal intentado, no fueron sometidas a decisión de los jueces de la causa. La atinente a la falta de intimación concreta por esos hechos, por simple omisión del recurrente; la segunda, en cambio, porque sería ésta, según se estima, la primera oportunidad para plantearla, ya que el Ministerio Público formuló acusación por el delito de robo agravado, a cuyo respecto el lapso para que opere la prescripción de la acción penal es mayor que el requerido en relación al tipo básico de la figura citada.

33) Que esta Corte ha declarado que, a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, es indispensable que la cuestión federal presente en la causa haya sido invocada por vía de acción o de excepción como punto comprendido en la controversia, pues sólo de esa manera queda introducida en el juicio y puede ser materia de pronunciamiento (entre otros, Fallos: 151:48 y sus citas). En tal sentido, debe tenerse presente el criterio según el cual no son atendibles en la instancia extraordinaria los agravios derivados tan sólo de la conducta discrecional del recurrente, demostrativos de su falta de interés en el punto (doctrina de Fallos: 248: 664; 249:466; 267:64; 268:102 y 290:92, entre otros).

34) Que, sin embargo, según lo tiene dicho el tribunal en supuestos excepcionales, el agravio introducido sólo en el recurso federal, resulta atendible en la instancia extraordinaria cuando está dirigido a obtener la declaración de la prescripción penal, omitida en el pronunciamiento del a quo. Ello es así, en virtud de su carácter de orden publico, motivo por el cual debe ser declarada de oficio, pues se produce de pleno derecho por el mero transcurso del plazo pertinente (Fallos: 275:241; 300: 716; 301:339).

35) Que, en consecuencia, corresponde aceptar la procedencia del recurso y hacer lugar al agravio sobre el punto ya que además, aunque se trata de una materia ajena -como principio- a la vía extraordinaria, el sentenciante ha caído en vicios que, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, descalifican el pronunciamiento. En efecto, si bien los robos imputados a Agosti se produjeron el 2 de junio de 1977, el 14 de noviembre del mismo año y el 24 de enero de 1978, y la comisión de los delitos de privación ilegal de la libertad y tormentos habría interrumpido la prescripción hasta mayo de 1978, fecha de destrucción del centro de detención clandestino "Mansión Seré"; a partir de este momento la Cámara entendió que había renacido el curso de la prescripción (confr. consid. 30), de tal suerte que hasta el 2 de agosto de 1984, fecha en la que el encausado prestó declaración indagatoria, transcurrieron los 6 años que el art. 164 del Cód. Penal establece como máximo de la pena para el robo. Sin embargo, Agosti fue condenado por esos hechos ilícitos contra la propiedad, y en virtud de que el a quo no suministró los fundamentos por los cuales consideró implícitamente que la acción había prescripto, ni señaló por qué razón no era aplicable el texto del art. 62, ni que existiera alguna causal interruptiva, ha omitido considerar una cuestión conducente para arribar a una solución diversa de la causa (Fallos: 305:1236, 2089); al tiempo que ha incurrido en autocontradicción, pues las circunstancias de hecho y de derecho que le permitieron declarar prescriptos los delitos de privación ilegal de la libertad -con igual pena máxima que los robos- eran aplicables a estos últimos (Fallos: 300:681; 302:1372; causa: C. 336.XX. "Catone, Luis J. y otros s/ denuncia",

fallada el 4 de julio de 1985). Corresponde pues revocar la condena en este aspecto, declarar prescripta la acción penal respecto de los robos referidos y absolver al encausado.

36) Que el procesado Viola afirma que la sentencia del a quo que conculca la garantía constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio, en cuanto lo condena por las privaciones ilegales de la libertad de Mario O. Romero -caso 330- y Guillermo R. Puerta -caso 533-, hechos respecto de los que no medió acusación fiscal en su contra. Según surge de la contestación de agravios de la Fiscalía de Cámara, obrante a fs. 30.597, los representantes del Ministerio Público no formularon acusación en esos casos. En el primero de ellos, por simple omisión, y en el restante, debido a que, a la fecha de asumir la comandancia de su fuerza el encausado, la detención de Guillermo Puerta se había legalizado. Ello sentado, y conforme a la doctrina del tribunal según la cual la garantía de defensa en juicio comprende la oportunidad de toda persona sometida a proceso, de ser oída, de conocer los cargos que se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor (Fallos: 63:102; 100:408; 182:502; 185:242; 187:627; 191:85 y muchos otros), corresponde acoger favorablemente el agravio del apelante.

37) Que tanto la defensa de Viola como el Ministerio Público, con distintos argumentos, tachan de arbitraria la sentencia, en lo referente a la resolución recaída en los casos 454, Fernando M. Menéndez y 571, Mario J. Miani. La defensa sostiene en el caso 454, que es arbitrario condenar a Viola por la privación ilegal de la libertad de quien no se puede afirmar que aún se encontrara con vida cuando fue retirado del automóvil en que se había refugiado al huir de un enfrentamiento con fuerzas de seguridad. Sin perjuicio de ello, expresa que de acuerdo a los elementos de convicción obrantes en la causa, el enfrentamiento con fuerzas de seguridad. Sin perjuicio de ello, expresa que de acuerdo a los elementos de convicción obrantes en la causa, el enfrentamiento del que resultó víctima Menéndez fue sostenido con personal de la Marina, por lo que no puede considerarse autor a Viola. En cuanto el caso Miani -caso 571- la defensa expresa que si no se ha probado el cautiverio ininterrumpido -desde el momento de la detención hasta el de su aparición sin vida a causa de un presunto enfrentamiento- es posible afirmar que la privación ilegal de la libertad hubiera concluido en algún momento comprendido en ese lapso, con lo cual no se puede descartar que el delito haya prescripto, si se tiene en cuenta que Viola prestó declaración indagatoria el 22 de octubre de 1984.

38) que el Ministerio Público, por su parte, argumenta que en el caso 454 -Menéndez-, la Cámara tuvo por probada la privación ilegítima de libertad por un lapso de 8 días, pese al carácter letal de la herida que sufría la víctima. Empero, prosigue, si el disparo fue realizado durante el enfrentamiento, debió excluirse el delito de privación de la libertad como también todo otro hecho punible. Sin embargo, como los jueces tuvieron por acreditado el cautiverio de Menéndez y que una de las heridas fatales fue causada desde corta distancia, debieron necesariamente concluir que éste fue víctima de un homicidio alevoso, con posterioridad a su captura. Además, afirma de manera coincidente con la defensa de Viola, que conforme al criterio de atribuidad adoptado por el a quo, sería el coprocesado Lambruschini el responsable de la privación ilegítima de la libertad de la que fue víctima Fernando D. Menéndez, toda vez que el personal actuante en el hecho se identificó como perteneciente a la Marina. En tal sentido, refiere que la sentencia resulta arbitraria, pues omite el tratamiento de una serie de pruebas obrantes en la causa que acreditan la participación directa, en el hecho en cuestión, de personal perteneciente a la Armada Argentina. Por último, en el caso 571, hecho cometido en perjuicio de Mario José Miani, la Fiscalía entiende que el fallo es autocontradictorio al condenar por el delito de privación ilegal de la libertad y absolver por el homicidio agravado. Dice que si se tuvo por acreditado que el enfrentamiento fatal no existió y que la muerte fue consecuencia del doloso accionar de quienes tenían cautivo a Miani, es arbitrario absolver a Viola por el homicidio agravado, con base, tan sólo, en la falta de prueba de la permanencia ininterrumpida de la víctima en algún lugar clandestino de detención, hasta la fecha de su muerte.

39) Que el recurso interpuesto por la defensa de Viola resulta improcedente, en lo que respecta al caso 571 (Miani), toda vez que no advierte el recurrente que la comisión de otros delitos por los que fue condenado el procesado, interrumpe el curso de la prescripción de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 604 del Cód. de Justicia Militar y 67 del Cód. Penal.

40) Que igual suerte debe correr el recurso del fiscal, en lo que respecta a este caso. Ello es así en virtud de que, si bien la sentencia impugnada tuvo por acreditada la privación ilegal de la libertad de Mario Miani, no resulta autocontradictorio, como lo afirma el Ministerio Público, absolver al procesado por el delito de homicidio agravado que le fuera imputado. En efecto, del fallo surge que los jueces de grado entendieron que, al no haberse agregado ninguna prueba que permitiera afirmar que Miani permaneció en cautiverio ininterrumpido desde su aprehensión ilegal hasta el momento de su muerte, no era posible atribuir al comandante de la fuerza

actuante el homicidio agravado, aun a pesar de los serios indicios existentes que indicaban que esa muerte podría haber sido causada por sus captores. Ese pronunciamiento es razonable si se tiene en cuenta el sistema de valuación de la prueba adoptado por la Cámara -la sana crítica racional- que exige en el juzgador, al momento de dictar sentencia, la certeza en sus afirmaciones. Así, las conclusiones prácticas a las que arriba el a quo no aparecen como arbitrarias, lo que hace improcedente el recurso, pues de otro modo, se reemplazaría en esta materia el criterio de los jueces de la causa por el de esta Corte, lo que resulta inadmisibles (Fallos: 300:191).

41) Que, en cuanto a la tacha de arbitrariedad articulada, tanto por la defensa de Viola, como por el Ministerio Público, en lo referente a las circunstancias en que se produjo la muerte de Fernando M. Menéndez (caso 454), ambos recursos resultan improcedentes. Está probado que el nombrado tuvo un enfrentamiento con fuerzas armadas, el día 7 de diciembre de 1978 y que en su consecuencia recibió diversas heridas de bala, como así también que, concluido el enfrentamiento, las fuerzas actuantes lo retiraron del lugar y que, días después, entregaron su cuerpo sin vida a sus padres, mediante un procedimiento irregular. Igualmente, que la muerte se debió a heridas de arma de fuego, recibidas en la cabeza de la víctima, y que una de éstas fue producida desde una corta distancia. La discusión se ha centrado, pues, en determinar cuál fue el momento en que Menéndez recibió los disparos mortales, y en si su deceso se produjo al ser habido por sus perseguidores, o mientras se encontraba cautivo de éstos. En este sentido, la Cámara sostiene que no se ha probado que la muerte de Menéndez se produjera a causa de heridas que se le infirieron durante el tiempo que permaneció clandestinamente en cautiverio, ni tampoco en qué condiciones físicas estaba al ser capturado; ni qué proximidad alcanzó el personal que lo perseguía. Ante estas probanzas, concluyó en que Menéndez se encontraba vivo al momento de la privación de la libertad, toda vez que no era posible afirmar que la muerte se hubiera producido como consecuencia de una acción sobreviniente al enfrentamiento. Ninguna de las otras probanzas que la Cámara a quo valoró son suficientes para modificar aquellas conclusiones. En consecuencia, resulta razonable su decisión ya que si no se puede acreditar fehacientemente que Menéndez se encontraba muerto al momento de su aprehensión, sólo puede inferirse que, a pesar de sus heridas, estaba vivo, y el hecho encuadra entonces en la figura de privación ilegal de la libertad. Del examen precedente resulta que el a quo ha omitido ponderar ninguna prueba incorporada al caso, de tal manera que la discrepancia entre el criterio del tribunal de grado y el que las partes -o aun esta Corte- estimen más adecuado para extraer conclusiones de esa misma prueba, no funda la procedencia del recurso extraordinario.

42) Que también resultan improcedentes los agravios del Ministerio Público y de los asistentes de Viola, referentes a que la privación ilegal de la libertad de Fernando D. Menéndez debió imputarse al coacusado Lambruschini y no al anteriormente nombrado, ya que el tema remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba, que salvo en lo concerniente a la calificación como autor, punto sobre el que cabe enviar al encuadramiento como partícipe necesario efectuado "supra", han sido resueltas por el a quo razonablemente y de acuerdo a los principios que rigen el ordenamiento procesal aplicable en autos.

43) Que el Ministerio Público se agravia en cuanto la Cámara omitió analizar las respuestas mendaces a requerimientos judiciales que, contenidas en documentos públicos o copias certificadas de éstos, configurarían el delito de falsedad ideológica que fuera motivo de acusación.

44) Que el art. 238, inc. 6º, del Cód. de Justicia Militar exige la exhibición al indagado, del instrumento con el que fue cometido el delito. Según se infiere de las declaraciones indagatorias de los procesados y de sus respectivas ampliaciones, tal requisito no fue cumplido por el a quo. En consecuencia, corresponde declarar improcedente el remedio articulado, en lo que se refiere a este agravio, ya que ha sido tardíamente planteado en el escrito de interposición del recurso extraordinario, cuando, en verdad, debió sometérselo a la consideración de los jueces de la causa antes de la acusación, o al menos con ella, acto en el que debió asimismo solicitarse la nulidad y el apartamiento del hecho de su consideración en el debate, por no estar completa la instrucción sobre el punto (Fallos: 286:83; 300:596). A lo que debe añadirse que la falsedad de los informes de los procesados ha apuntado a encubrir la comisión de los delitos investigados; de suerte que exigirles ser veraces revelando su propio delito o crimen, importaría violar el principio referente a que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, Constitución Nacional).

45) Que a raíz de la denegación del recurso extraordinario interpuesto por la fiscalía contra la sentencia de la Cámara, el Ministerio Público dedujo el recurso directo, mantenido por el Procurador General, con relación a los siguientes puntos: a) por discrepar con el criterio del a

quo en cuanto condenó a los comandantes militares como autores mediatos descartando su responsabilidad como coautores, pues siendo integrantes de las Juntas Militares, aprobaron y mantuvieron un plan ilegal de operaciones en la lucha contra la subversión; b) subsidiariamente, por no haber tratado la responsabilidad que le cupo al comandante en jefe del ejército como autor de todos los hechos probados, aun los cometidos por personal subordinado a los otros comandantes, en razón de la responsabilidad primaria del ejército en las operaciones; c) por haber omitido analizar la participación criminal de cada uno de los comandantes en los hechos cometidos por los subordinados de las otras fuerzas, en virtud de la colaboración dispuesta entre sus subordinados; d) por la arbitrariedad en el análisis realizado con relación al delito de encubrimiento que, según la Cámara, exige el conocimiento concreto de cada caso por parte de los acusados para tenerlo por acreditado; e) por la arbitrariedad en la graduación de las penas a los procesados Agosti y Lambruschini.

46) Que el tribunal a quo condenó a los comandantes militares como autores mediatos de los delitos que fueron objeto de este proceso, basándose en la prueba recogida, de la que infirió el poder efectivo que cada uno de ellos, individualmente, tenía sobre la organización que los produjo, lo que les permitió el dominio sobre la voluntad de sus ejecutores indeterminados y sobre el hecho mismo, pues, para evitar la consumación de los delitos, les habría bastado con ordenar la cesación del sistema. Descartó así la responsabilidad de la junta Militar como ente supremo en el manejo de las operaciones contra la delincuencia subversiva, porque entendió que no había sido acreditada, como así tampoco que se hubiera probado la alegada concertación inicial de los procesados. Sostuvo también que la aceptación de estos argumentos era en extremo indispensable para poder atribuir autoría a los integrantes de la Junta Militar por los hechos cometidos por los subordinados de cualquiera de ellos.

47) Que sin perjuicio de señalar que en los considerandos anteriores se ha modificado el encuadramiento jurídico efectuado por la Cámara de la conducta atribuida a cada uno de los procesados, en cuanto al grado de su participación, declarándolos, en cambio, partícipes necesarios de los hechos probados por la cooperación que prestaron para su comisión a sus respectivos subordinados corresponde recordar que el a quo fijó la base fáctica teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes indicios: El aumento significativo del número de hechos a partir de marzo de 1976; la intervención de grupos de personas armadas en muchos casos con uniforme de las FF.AA. y utilizando vehículos afectados a la institución, uso de la noche y la uniformidad de los procedimientos; la existencia de centros de detención que se mantuvieron totalmente ocultos tanto a la ciudadanía como a las autoridades judiciales y extranjeras. Operaciones éstas que por su modalidad y cantidad, sólo pudieron ser practicadas con la orden previa de cada uno de los Comandantes Militares. Y en este sentido, los elementos de juicio que surgen de la prueba que se ha recepcionado, contribuyen a fundar la afirmación de que cada uno de los jefes militares obró con autonomía en este campo, sin someterse a ninguna autoridad superior, pues, además, la alegada dependencia de los Comandos a la Junta Militar -argüida por la fiscalía- no ha sido probada en el proceso. En efecto, se carece de toda prueba denominada directa -testimonial o documental- que así lo acredite y, como ya se ha expresado precedentemente, los indicios recogidos no apuntan a dar fundamento a la hipótesis del fiscal, sino, por el contrario, a confirmar que cada comandante en jefe actuó con independencia y fue soberano en sus decisiones. En consecuencia, habida cuenta de que los agravios reseñados remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho común, cabe concluir en la improcedencia del recurso, ya que no se advierte arbitrariedad en lo decidido acerca de la fijación de los hechos cumplidos a partir de las órdenes, instrucciones y ayuda material, de organización y de elementos efectuada.

48) Que la defensa del encausado Massera plantea la nulidad de la declaración indagatoria que su defendido prestó ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, invocando la doctrina de la gravedad institucional. Sin embargo, el remedio debe ser declarado improcedente, toda vez que se advierte que el agravio no fue planteado en el recurso extraordinario, sino sólo en la presentación directa (Fallos: 303:1203 y sus citas). Sin perjuicio de ello, se observa que en ese acto se le preguntó concretamente si había dispuesto una forma ilegal de obrar mientras era comandante en jefe.

49) Que también resulta improcedente la queja presentada por los procesados Videla y Lambruschini, en la que tachan de arbitraria la sentencia en cuanto ha dado por acreditada "la existencia de órdenes ilegales" emitidas por los comandantes, como así también por el tratamiento efectuado en cuanto a la existencia de las causales de justificación que formulan junto a Viola y Massera. Ello es así, ya que se trata de cuestiones de hecho y prueba y de carácter común y procesal, que son propias de los jueces de la causa y que cuentan en el fallo con argumentos bastantes para fundarlos. Del mismo modo, no se advierte que la invocación de

la doctrina del "interés institucional" permita en el caso su consideración o examen por la Corte Suprema, pues además de no haber rebatido debidamente los argumentos de la Cámara, sus planteos tampoco tienen el alcance que se les asigna.

50) Que, igualmente, con relación al agravio formulado por los procesados Viola y Massera referente a la arbitrariedad con que la Cámara manejó los casos que se les atribuyeron y por los que fueron condenados, como también en punto a las cuestiones planteadas por el imputado Lambruschini en cuanto al rechazo de prueba ofrecida y a la conclusión que dio por acreditada la comisión del delito de tormentos con la sola declaración de la presunta víctima, corresponde declarar la improcedencia de las quejas, toda vez que ellas se fundan en el simple disenso con el razonamiento del a quo, que, por otra parte, no aparece como arbitrario, sino de acuerdo con los principios de la sana crítica racional que en cuanto a la valuación de la prueba, se tuvieron en cuenta.

51) Que con relación a las presentaciones directas de los encausados Viola y Massera, en las que se alega la prescripción de la pretensión legal de los delitos de: a) Viola: privación ilegal de la libertad y b) Massera: robo en los casos 168, 170, 192, 201, 208, 222 y 568 por los que fueron condenados, debe también rechazárselas pues se trata de cuestiones de derecho común, no federales, cuyo tratamiento no ha sido arbitrario (causa T. 138.XX. "Tiscornia, Agustín E. y otros s/ estafa y falsificación de documentos", fallada el 22 de agosto de 1985). Ello es así -en el caso de Viola- porque fue partícipe necesario de tal delito permanente, que perduró mientras se mantuvo en el cargo, de tal suerte que entre la fecha de su alejamiento del comando de la fuerza (29 de diciembre de 1979) -momento en el que cesó su participación- y la fecha en que fue indagado (... de octubre de 1984) no transcurrió el máximo legal que el código fija para la prescripción de la acción penal. Estas consideraciones también son aplicables a Massera, pues el curso de la prescripción de los robos se interrumpió por su participación en privaciones ilegales de la libertad (art. 67, Cód. Penal), y entre el momento en que dejó su cargo de comandante en jefe (15 de setiembre de 1978) y la fecha en que se lo indagó (30 de agosto de 1984), no transcurrió el máximo de la pena señalada para aquéllos. Asimismo es improcedente la queja del almirante Lambruschini referente al tipo penal del delito de privación ilegal de la libertad, por cuanto se trata de una cuestión de derecho común razonablemente abordada por la Cámara.

52) Que, de igual modo, los planteos de Viola y Lambruschini, en cuanto se agravan por estimar arbitraria la fijación de las cuestiones de hecho y su votación por la Cámara deben ser rechazados, porque se trata de cuestiones puramente procesales excluidas del art. 14 de la ley 48. Además, las cuestiones de hecho previstas por el art. 379 del Cód. de Justicia Militar, en cuanto a su formulación, se vinculan con la actuación de jueces legos y, en consecuencia, por ser la Cámara un órgano del Poder Judicial, la omisión por ella de formalidades propias de aquellos jueces militares, no causa ningún agravio, mientras no se lesionen garantías constitucionales.

53) Que los comandantes Agosti, Viola y Lambruschini impugnan la resolución de la Cámara en cuanto admitió determinada prueba testimonial. Así, Agosti ataca los testimonios vertidos en otros expedientes y que en este juicio fueron usados en su contra, y aduce que no hubo posibilidad de control por parte de su defensa (en los casos 117 y 118). El nombrado y Lambruschini tachan por igual motivo las declaraciones testimoniales recibidas mediante exhorto diplomático e incorporadas al proceso. Viola y Lambruschini refieren su agravio a la limitación -que consideran injustificada- de la facultad de repreguntar en la audiencia; y, finalmente, Lambruschini alega la inhabilidad de algunos testigos, de conformidad con los arts. 276 y 277 del Cód. de Proced. en Materia Penal, que considera aplicables en este punto supletoriamente. El recurso no puede prosperar con relación a ninguno de esos planteos, por la falta de relación directa entre la lesión que se argumenta y la garantía constitucional invocada (art. 15, ley 48), por cuanto si bien las supuestamente violadas son leyes federales, por tratarse de cuestiones de derecho procesal, son ajenas al recurso extraordinario (causa G. 524.XIX. "Graso, Raineri Novati, S. R. L. c. Banco Hipotecario Nacional", fallada el 17 de octubre de 1985). Por otra parte, con referencia a los testimonios prestados mediante exhorto diplomático, como en otros expedientes, su valor probatorio no ha sido decisivo en las conclusiones a que arribó el tribunal sentenciante, toda vez que para ello la Cámara se ha basado en otros elementos de juicio además de aquéllos. Y en cuanto a la inhabilidad de algunos testigos que prestaron declaración, debe tenerse presente, como lo hizo el a quo, que el Código de Justicia Militar no prevé un sistema de tachas, por lo que teniendo en cuenta los principios que gobiernan el juicio oral, el valor probatorio de las declaraciones de un testigo debe ser apreciado de acuerdo al sistema de la sana crítica racional. En este sentido, se advierte que la valoración de la prueba hecha por la Cámara aparece adecuada a aquellos principios y es, en consecuencia, razonable.

54) Que los procesados Viola y Lambruschini impugnan la ley 23.049 por considerarla inconstitucional, por cuanto estiman que ha lesionado la garantía del juez natural. También debe ser rechazado este planteo toda vez que se trata de una cuestión precluida conforme a lo resuelto, entre otros, "in re": "Juan Martín Romero Victorica, Fiscal Federal, plantea declinatoria de competencia en autos 'Giorgi, Alfredo Antonio (expte. 2733)'" (G. 134.XX.), el 16 de mayo de 1985. Por la misma razón, cabe rechazar el agravio del almirante Lambruschini en cuanto a la inobservancia de las normas federales que regulan el modo de integración del tribunal a quo, ya que la cuestión ha sido decidida en la causa L. 177.XX. "Lambruschini, Armando s/ decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", el 27 de diciembre de 1984.

55) Que la defensa del Almirante Lambruschini se agravia por entender que con el dictado de la reglamentación atinente al juicio, el a quo creó los pasos a seguir, con lo que ha violado la garantía del debido proceso legal. Tampoco este planteo debe ser admitido, porque ya la cuestión fue resuelta por esta Corte en autos V. 110.XX. "Videla, Jorge R. s/ causa instruida en cumplimiento del decreto 158/82", de fecha 27 de diciembre de 1984.

56) Que las defensas de los procesados Massera y Viola sostienen la invalidez del decreto 158/83 del P. E. N. en cuanto ordenó someterlos a juicio, por entender que excede las facultades del presidente de la Nación y porque establece para el caso el procedimiento sumario. Sobre este tema, además de las consideraciones vertidas en su dictamen por el Procurador General - que se comparten- debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 179 del Cód. de Justicia Militar, que establece que es el presidente de la Nación, en su calidad de comandante en jefe de las fuerzas armadas, quien debe dictar la orden para la sustanciación de sumario en las causas de los oficiales generales. Con relación a la jurisdicción militar, ella correspondía en virtud del art. 108, inc. 2º, del Cód. de Justicia Militar -texto vigente al dictarse el decreto mencionado- porque los delitos imputados aparecían cometidos por militares y en lugares sometidos a la jurisdicción militar; y finalmente, cabe señalar que el art. 502 del Cód. de Justicia Militar establece que el procedimiento sumario en tiempo de paz

-impreso a este proceso- procede cuando sea necesaria la inmediata represión de un delito para mantener la moral, la disciplina y el espíritu militar de las Fuerzas Armadas, circunstancias éstas que son de apreciación exclusiva de quien ordena la instrucción, y están por ello exentas de revisión por esta Corte, en tanto no genere menoscabo a la garantía de la defensa en juicio, lo que no ha ocurrido. A idéntica decisión corresponde arribar en cuanto al alegado desconocimiento de la mentada garantía por la adopción de las reglas del procedimiento sumario esgrimida por Viola y Lambruschini. Ello es así, pues replantean sin expresar los perjuicios concretos que dicho trámite les ocasionó, ni rebatir los argumentos del fallo recurrido, lo decidido por el tribunal en Fallos: 306:225).

57) Que los procesados Viola y Massera sostienen que sus respectivas declaraciones indagatorias son nulas, toda vez que han sido defectuosamente intimados. Al margen de la existencia de algún vicio en su recepción, cuya incidencia en la validez del acto no ha sido alegada, debe tenerse presente que los nombrados fueron interrogados por haber dado, durante el lapso en que fueron comandantes de sus respectivas fuerzas, las órdenes ilegales a sus subordinados de actuar en la lucha contra el terrorismo subversivo. Además, la Cámara, después de avocarse al conocimiento de la causa, fijó audiencia para recibirles declaración indagatoria en dos oportunidades, en las cuales fueron intimados debidamente de acuerdo con los listados elaborados por la fiscalía, en los que se concretaba cada uno de los casos que se les atribuían. Por estas razones, la queja no procede.

58) Que las defensas de los encausados Viola y Lambruschini tachan de inválida la acusación fiscal, fundándola en el incumplimiento de las formalidades prescriptas en el art. 361 del Cód. de Justicia Militar. Los agravios deben rechazarse ya que el art. 499 de ese ordenamiento establece la ausencia de formalidades en la acusación, y conforme al art. 7º, inc. 9º, de la ley 23.049, que somete el debate a las exigencias del juicio oral, ésta se ha cumplido sin menoscabo de la garantía constitucional del debido proceso, puesto que ha fijado los hechos, individualizado al supuesto responsable, calificado jurídicamente su conducta, mencionado la prueba y pedido la pena correspondiente.

59) Que, finalmente, el procesado Viola impugna la sentencia por prejuzgamiento, parcialidad y arbitrariedad, toda vez que el "quantum" de la pena se estableció con anterioridad a la determinación de los hechos atribuidos a los procesados. La primera cuestión ha sido tardíamente deducida, ya que en todo caso podría haber dado causa a una recusación, pero no a la inconstitucionalidad de la sentencia; en punto a la restante, el recurso carece de la mínima fundamentación para su procedencia.

60) Que los agravios de que dan cuenta la presentación directa de Graciela Castagnola de Fernández Mejjide, Enrique Fernández Mejjide y Enrique Israel, referentes al incumplimiento de la obligación de juzgar todos los casos conexos a esta causa, a la arbitraria absolución de los casos cuya prueba fue desistida por el Ministerio Público, a la omisión del debido análisis de las directivas de las Fuerzas Armadas, a la admisión de la existencia de una guerra y a la omisión, en que habría incurrido el a quo, de condenar, por falta de requisitoria fiscal, a los comandantes que sucedieron en el cargo a aquéllos que fueron sancionados por el delito de privación ilegal de la libertad, resultan improcedentes. Ello es así, porque respecto de estas cuestiones, los recurrentes carecen de la calidad de "persona particularmente ofendida por el delito" (art. 100 bis, Cód. de justicia Militar, agregado por la ley 23.049) y su ausencia no impide ni limita el ejercicio del poder de acción, que en el ordenamiento castrense está a cargo del fiscal (art. 146); ya que la intervención de aquéllos prevista por la primera norma citada, no está equiparada a la del querellante (arts. 14, 170, 457 y 463 y concs. del Cód. de Proced. en Materia Penal) sino que es restringida y condicionada a indicar medidas de prueba, solicitar que se les notifique la sentencia, o la radicación de la causa en la Cámara Federal; y, en consecuencia, no tienen el interés personal que una pacífica doctrina del tribunal, exige para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 132:101; 149:137; 184:361; 187:444, y muchos otros). En lo que respecta a la denegación de medidas probatorias, la falta de referencia a la manera en que se podría haber modificado el fallo impugnado, torna también inadmisibile el recurso en el punto. Asimismo, el agravio referente a la supuesta responsabilidad de todos los enjuiciados por la privación ilegal de la libertad de los hijos de los apelantes, basada en el carácter permanente del delito en cuestión, remite a temas de hecho y prueba, en los que la sentencia cuenta con argumentos bastantes, que no son eficazmente rebatidos. En lo que se relaciona a las impugnaciones sobre el criterio con que el a quo computó los plazos de prescripción de la acción penal, que es tachado de arbitrario, cabe remitirse a lo expuesto en el considerando 32 de la presente, donde se descartó similar cuestión, planteada por el Ministerio Público. De igual manera, los reparos en cuanto a la responsabilidad de algunos procesados por el delito de encubrimiento, ya fueron resueltos en el considerando 45 de esta decisión, por lo que cabe a allí remitirse.

61) Que la denegación del recurso extraordinario por falta de los requisitos previstos en el art. 100 bis del Código castrense, originó la presentación directa de María T. Piñero de Georgiadis, Ana M. Pérez de Smith, Jorge A. Taiana, Bella Epsztein de Frizman y Alberto Acosta, invocando su calidad de particulares damnificados por los hechos que constituyen el objeto de este proceso. El tribunal entiende que en dicho recurso de queja no se rebaten los argumentos vertidos por el a quo en el auto denegatorio. Sólo cabe agregar que la cita del precedente de fecha 22 de agosto de 1985 ("in re": F. 296.XX.), con el propósito de fundar la legitimación de los recurrentes, resulta desacertada, ello es así, pues en dicho pronunciamiento el tribunal estableció que los particulares damnificados podrían recurrir ante esta Corte por la vía del art. 6º de la ley 4055, "de mediar razón para ello". Esta condición, desde luego, comprende, entre otras cosas, que dichas personas estén en condiciones de invocar derechos que personal y directamente les hubieran sido afectados. De lo contrario -y ello es lo que acontece con los apelantes- carecerían del interés personal que es requisito ineludible para la interposición del remedio federal (v. consid. anterior).

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se confirma la sentencia apelada, modificando la calificación de autores mediatos de los procesados por la de partícipes como cooperadores necesarios; manteniendo las penas impuestas atento a lo dispuesto por el art. 45 del Cód. Penal, y se la revoca en cuanto a los procesados Roberto E. Viola y Orlando R. Agosti, al primero de los cuales se lo absuelve de los delitos de privación ilegal de la libertad cometida en perjuicio de Mario Romero -caso 330- y Guillermo F. Puerta -caso 533- reduciéndole únicamente la pena de prisión a 16 años y seis meses y al segundo se lo absuelve de los delitos de robo en perjuicio de Carmen G. Florianí -caso 282-, Jorge O. Cardozo -caso 284-, y Américo O. Abrigo -caso 286- reduciéndole únicamente la pena de prisión a 3 años y 9 meses (art. 16, 2ª parte, ley 48). - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por la Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que condenó a Jorge R. Videla, Emilio E. Massera, Orlando R. Agosti, Roberto E. Viola y Armando Lambruschini y absolvió a Omar D. R. Graffigna, Leopoldo F. Galtieri, Jorge I. Anaya y Basilio A. Lami Dozo en relación a los delitos que el Poder Ejecutivo ordenó investigar mediante el dec. 158/83.

I.

2º) Que la causa, por su extensión material y por las cuestiones que incluye, que involucran importantísimos temas vinculados a la vida institucional de la Nación, impone que antes de considerar los agravios de los recurrentes y los quejosos el tribunal determine las circunstancias históricas en que se produjeron los hechos y cuál fue el marco normativo en que se encuadraron. Esto posibilitará una cabal comprensión de aquéllos, que permitirá evaluar adecuadamente los argumentos de la sentencia recurrida y los de los apelantes.

3º) Que el 24 de marzo de 1976, las Fuerzas Armadas derrocaron al gobierno de Isabel Martínez de Perón. Los comandantes en jefe del Ejército Teniente General Jorge R. Videla, de la Armada, Almirante Emilio E. Massera y la Aeronáutica Brigadier General Orlando R. Agosti constituidos en Junta Militar asumieron el poder constituyente y se asignaron el poder supremo. Dictaron el Acta, el Estatuto y el Reglamento del Proceso de Reorganización Nacional que se completaron con precisiones al ámbito funcional de la junta y el Presidente y relegaron la Constitución de 1853/60 a la categoría de texto supletorio. El poder constituyente dejó de residir en el pueblo y de hecho el país tuvo una constitución dispersa, a la usanza inglesa. El Acta contiene el "Propósito y los objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional". Ese propósito se anuncia en un solo punto que se centra de modo explícito en erradicar la subversión y promover el desarrollo "enfazando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia" para reconstruir la imagen de la Nación y oportunamente instaurar una democracia republicana, representativa y federal. Los objetivos básicos se enuncian en nueve puntos que se refieren a fines, entre los que se destaca la existencia de la seguridad nacional, del orden jurídico y social, erradicando la subversión y sus causas. Además de esos documentos normativos que modificaron la estructura jurídica del país se dictó el reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, el Poder Ejecutivo Nacional y la Comisión de Asesoramiento legislativo, éstos últimos como agencias ejecutiva y legislativa, respectivamente, del poder militar. La junta Militar suspendió la actividad gremial de las entidades de trabajadores, empresarios y profesionales; el derecho de huelga; la actividad política y de los partidos políticos; proscribió las actividades de los partidos Comunistas Revolucionarios, Socialista de los Trabajadores, Político Obrero, Obrero Trotskista, Comunista Marxista-Leninista; disolvió entidades para-partidarias; y organizaciones declaradas ilegales e intervino la C. G. E. y la C. G. T., entre otras medidas de excepción (leyes de facto 21.256, 21.261, dec. 6/76, 21.269, dec. 10/76; 21.375; 21.322, 21.270, 21.271, etc.). El esquema, de poder permitía el recambio y reciclaje de los elencos militares que operaban en la cúspide del poder con la regularidad con que se mueve el escalafón militar.

4º) Que esa estructura gubernamental significó el establecimiento en el país de un régimen militar tecnoautoritario, a cuyo servicio estuvo no sólo la burocracia tradicional sino grupos de tecnócratas que coadyuvaron con el estamento militar en la realización de las distintas políticas; en rigor, al despliegue de proyectos de reestructuración de la sociedad. La sustentación ideológica del régimen estuvo en la doctrina de la seguridad nacional, que importa una transferencia a la política de los principios del pensamiento militar que tiende a la integración, junto a los factores bélicos; de los factores políticos, económicos, culturales y psicológicos. En esencia, desde esta perspectiva, a la seguridad nacional se la concibe como una totalidad en la que todos los factores se implican mutuamente y esto requiere el desarrollo para no depender del exterior, y establecer estructuras aptas para erradicar las causas de la subversión, asumida como el verdadero enemigo. De este modo, el horizonte de la estrategia se articula con la guerra y la gran estrategia mira más allá de la guerra, hacia la subsecuente paz. El Proceso de Reorganización Nacional contó inicialmente con el consenso pasivo de parte de la población. La sociedad creyó tener como única opción la del orden o el caos y buena parte de ella cerró los ojos ante los métodos empleados. En cuanto a la génesis de las organizaciones subversivas, el primer antecedente se remonta al año 1959, al grupo denominado los "Uturuncos", presuntamente nacionalista, que opera durante dos meses en Tucumán. Le siguen el Ejército Guerrillero del Pueblo, que lo hace en la Provincia de Salta y las Fuerzas Armadas Peronistas (FAP) que en el año 1968 la policía copa en Taco Ralo y posteriormente aparecen las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR), las Fuerzas Armadas de liberación (FAL), los Montoneros y el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) de origen trotskista, grupo éste que se atribuye el secuestro y la posterior muerte de Oberdam Sallustro y la muerte del general de división Juan C. Sánchez. "La más importante de esas organizaciones, Montoneros, pudo montar un vasto aparato de superficie, de modo que combinó la lucha armada con la movilización callejera; sobre

todo, pudo insertarse eficazmente en las organizaciones que habían surgido del movimiento de masas: los barriales, los sindicales, los estudiantiles... Ciertamente, cumplía en ellas un papel articulador de lo social con lo político que las fuerzas específicamente políticas no habían podido cumplir. Pero su acción derivó en el sometimiento de esas organizaciones a una rígida disciplina política y en el sacrificio de la espontaneidad, el pluralismo y la participación a una concepción definitivamente elitista y autoritaria. Mientras la violencia dominaba el campo popular, algo similar ocurría en el terreno adversario. Los conflictos sociales empezaron a esfumarse detrás de lo que terminó siendo una guerra de aparatos cuyas víctimas, sin embargo, se cosecharon en buena medida fuera de ellos" (Romero, Luis Alberto, "Sectores populares, participación y democracia; el caso de Buenos Aires", Centro de Investigaciones Sociales sobre el Estado y la Administración, Pehesa, Buenos Aires, 1984, p. 39).

Es que la subversión y la represión se presentan como contrafiguras simbióticas.

5º) Que los estudios realizados sobre las Fuerzas Armadas argentinas ponen en evidencia el estrechamiento de las diferencias técnicas entre civiles y militares; su base igualitaria, reclutada en su mayoría dentro de los sectores de la clase media y su condición de creadora de una élite profesional; su operatividad dentro del marco estratégico norteamericano como dispositivo de seguridad interna, apto para la lucha contra la subversión comunista; su carácter autoritario y conservador, inescindiblemente unido a la formación profesional.

A medida que la Argentina se modernizó, su Ejército se profesionalizó. Pero la modernización, paradójicamente, no comprendió la consolidación de la democracia política, por la persistencia de valores oligárquicos, de tipo autoritario y tradicionalista. De ahí que la profesionalidad culminó en la intervención militar, quebrando la espina dorsal del orden constitucional y legal.

Esta intervención tuvo cierto sentido arbitral a partir de 1910. Se les pidió que garantizaran el proceso político y, finalmente, protagonizaron el proceso gubernamental. Los militares son guardianes profesionales del orden en su carácter de profesionales de la violencia. Del uso de la violencia en potencia o acto. Su participación política, el grado de su influencia en las fuentes o centros de poder y su gravitación en las decisiones políticas conlleva al conocimiento de su estructura, su organización interna, racionalidad jerárquica, status diferencial corporativo y su alienación de la sociedad global. En el Sexto Congreso Mundial de Sociología, Evian, septiembre de 1966, se presentaron treinta trabajos sobre el tema "El militar profesional y el militarismo", que brindan un vasto panorama de las mutaciones producidas en el seno de las Fuerzas Armadas.

Herman Heler definió a la institución militar como "la forma técnicamente perfecta de una formación consciente de una unidad de poder". En consecuencia, constituye un poder autoritario, no democrático. La organización exige un comportamiento regular, efectivo, con un grado mínimo de autodeterminación individual. Su función dentro del marco constitucional o legal "comprende la práctica institucionalizada y legítima de la violencia". Operan mediante un alto grado de racionalización y coherencia, con un comando centralizado "a cuyos impulsos responde como una pirámide de autoridad despersonalizada", con clara estratificación interna y gratificaciones psicológicas, espíritu de cuerpo, normas propias y burocratización.

Con la llamada "Doctrina de West Point", elemento revulsivo en la demanda de un mayor coeficiente de participación en el poder civil por parte del poder militar, las Fuerzas Armadas adquieren desmesurada importancia dentro de la vida estatal. Se alteraba la situación de ellas en el proceso gubernamental, adicionando a su función de instrumento del poder estatal, con fines estrictamente sociales, otros de carácter político. El principio del control civil del poder militar era sustituido, de hecho, por el control militar del poder civil. Virtualmente se instituía el imperio de un dominante armado sobre la sociedad desarmada y la ruptura del equilibrio institucional, condenando al poder civil a vivir en permanente situación de inestabilidad política. Esta concepción era producto de la crisis, un resultado de la situación que vivía el país.

Los militares, en contacto con la realidad social, política y económica que conmovió a la República, tenían conciencia de la mutación de sus funciones por obra de la revolución tecnológica y científica y que en los países débiles la guerra no se gana exclusivamente con las armas. Se sabían árbitros de la estabilidad política y que, por más que fuerza militar y democracia son conceptos antitéticos, que nada tienen que ver entre sí, correspondiendo el uno al campo técnico y el otro al político, y que la fuerza militar es por naturaleza y esencia típicamente autocrática, estaban decididos a servir de instrumento para la ruptura institucional,

sostén del consiguiente gobierno militar y promotores de este modo, de la modernización e industrialización que imaginaban necesaria para el país.

Pero, fatal e inexorablemente la intervención de las fuerzas militares en el campo político, se revierte sobre ellas mismas, afectando su disciplina y eficacia.

6º) Que en cuanto al terrorismo, ya se trate del subversivo, el paraestatal o el estatal, se caracteriza por el culto nihilista y necrófilo de la violencia, el desprecio por el discernimiento del hombre medio, el fanático convencimiento en la verdad de su credo y el total olvido del valor de la tolerancia, con desprecio de su condición de bien precioso y necesidad indispensable de toda convivencia humana.

El terrorismo, -cualesquiera sea su signo-, es el asesinato, la mutilación o la amenaza de inocentes sistemática y deliberadamente practicado con miras de captar el poder político o acceder a sus ventajas. En su idealización de la violencia, la consideran una forma deseable de actividad, una fuerza depuradora según la concepción de Franz Fanon. No es un mal necesario como para el soldado, siempre que obre dentro del marco de la ley, sino algo admirable en sí mismo. En su evangelio nihilista no se adhiere a ninguno de los principios sobre los que se asienta la vida de los hombres. Enrarece la vida de la sociedad en un clima de insoportable irracionalidad política y provoca deliberadamente situaciones límites en demanda del colapso para desfibrar los mecanismos de defensa de una sociedad civilizada. De hecho es un peligro real para la supervivencia de los estados legítimos y conduce a cubrir de irracionalidad al estado, cuando éste cae en el trágico error del contraterror con métodos de inhumanidad y desprecio a la ley, verdaderamente inadmisibles.

7º) Que en la década que comienza en 1970 el terrorismo se agudiza en el país en forma concomitante con sucesos acaecidos a nivel continental y aun mundial. La prueba aportada por los defensores acredita las acciones criminales cometidas y su condición de desencadenantes de la intervención de las Fuerzas Armadas, en su represión. En 1975 el gobierno constitucional dictó medidas destinadas a combatirlo, primero en el área de Tucumán (dec. 261/75) y más adelante en todo el territorio nacional (decs. 2770/75, 2771/75, 2772/75). El Consejo de Defensa creado en la ocasión presidido por el Ministro de Defensa e integrado por los comandantes en jefe, dicta la directiva 1/75, para instrumentar el empleo de las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales a fin de detectar y aniquilar las organizaciones subversivas. En lo estratégico se refiere al aparato político-administrativo y a los elementos subversivos clandestinos y ostensibles, y se propone convertir al problema en una cuestión de índole policial para 1976. Impone entretanto a las Fuerzas Armadas operar ofensivamente contra la subversión en la que les atribuye una responsabilidad primaria y coordina y enlaza su acción con las restantes autoridades. A continuación, cada Fuerza dicta sus propias directivas al respecto: la Fuerza Aérea la "Orientación - Actualización de Capacidades Marco Interno 1975", la Armada la 1/75 "S" "Coar" y el "Plan de Capacidades - Placintara 75" y el Ejército la 404/75.

Con la asunción del Gobierno nacional por parte de las fuerzas armadas en la lucha contra la subversión se concibe una estrategia nacional contrasubversiva que abarca todos los ámbitos del quehacer nacional.

Así, el 20 de abril de 1977, el Ejército dicta la directiva 504/77 (continuación de la ofensiva contra la subversión en el período 1977/78) donde reconoce que la delincuencia subversiva en el país habría sufrido un fuerte desgaste a partir de fines de 1975, por lo que la lucha debe orientarse hacia los sectores industrial, religioso y educacional, fijándose como operación primordial la depuración ideológica de dichos sectores sin perjuicio de continuar con la acción militar.

Se produce así un gradual cambio de orientación en la lucha que resulta evidente en los lineamientos generales de la Directiva producida el 10 de mayo de 1978 por el jefe del Estado Mayor General del Ejército, en virtud de la delegación de facultades efectuada por el Comandante en jefe por dec. del P. E. N. 2362 del 4 de octubre de 1976. Allí se afirma que al haberse producido por medio de la acción militar directa, el virtual aniquilamiento de las organizaciones subversivas, debe actuarse de acuerdo con la estrategia nacional contrasubversiva vigente, sobre las bases filosófico-ideológicas de la subversión, sobre las causales que esgrime y explota el oponente (frustraciones, contradicciones) y sobre los efectos traducidos en sus acciones armadas y de insurrección de masas, fijándose como objetivo la victoria política sobre la subversión. Esta se alcanzará a través de la normalización de los ámbitos industrial, educacional, religioso y barrial y destruyendo los elementos residuales de aquélla.

El 18 de mayo de 1979, el Comandante General Roberto E. Viola suscribe la directiva 604 en la que se señala la contundente victoria militar armada, que deberá completarse con la victoria política sobre el marxismo: A tal fin, los esfuerzos estratégicos, como en las anteriores, se dirigieron prioritariamente hacia todos los ámbitos, económico, laboral, cultural, educativo, político, barrial, religioso, procurando con la acción militar la detención y/o eliminación de elementos marxistas ya sean ideólogos o activistas, bibliografía, discos, etc. en los sectores señalados como así también llevando a cabo acciones militares contra las bandas subversivas.

En ese sentido impone como misión a la Fuerza, el apoyo de las estrategias sectoriales implementadas por las autoridades, ya sean nacionales, provinciales o municipales, para erradicar y neutralizar el accionar subversivo en todas sus manifestaciones para la normalización de los ámbitos.

El citado apoyo en el sector económico laboral se materializará mediante el asesoramiento a las autoridades del área y acciones que promuevan por vía directa la erradicación de elementos subversivos dentro de las estructuras y empresas del Estado, y por vía indirecta la neutralización de ese accionar en empresas privadas, como así también apoyando la erradicación de ideólogos, activistas y delincuentes subversivos de los cargos directivos de gremios, federaciones y sindicatos.

En el ámbito político, las acciones se traducen en principio por un asesoramiento a las autoridades responsables y a la ejecución de operaciones de seguridad tendientes a erradicar y/o neutralizar el accionar político ideológico en sus acciones cubiertas o encubiertas.

Igualmente en el área de educación y cultura, debe asesorar y apoyar a las autoridades responsables de ella para erradicar no sólo el accionar de los elementos subversivos sino también la bibliografía, material didáctico y cultural y procedimientos de enseñanza o de extensión cultural de tendencia y contenido marxista.

Asimismo, la acción en el ámbito religioso debe traducirse en un acercamiento, comprensión y cooperación constructiva a fin de sumar su apoyo y acción pastoral a la lucha contra la subversión. También se deberá incidir sobre las autoridades gubernamentales responsables en este sector, clero en general y colegios e instituciones religiosas, culturales, educacionales y asistenciales, para la detección, erradicación y neutralización de los elementos infiltrados y bibliografía y material pedagógico de supuesta tendencia marxista.

Por último, en el ámbito barrial, deben efectuarse acciones sobre las organizaciones religiosas, culturales, deportivas y de fomento, realizadas en coordinación con organismos especialmente municipales para prevenir las situaciones explotables por la subversión y a la vez detectar y erradicar los elementos infiltrados.

De lo expuesto puede inferirse que para fines de 1976 la lucha armada directa había resultado exitosa, sin perjuicio de lo cual se emitieron las Directivas citadas para extenderla lucha al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país.

No se trata ya de facultar a las F.F. A.A. para que sugirieran a las autoridades correspondientes, la adopción de medidas o la inconveniencia de las adoptadas, con el fin de erradicar las causas en que se funda el accionar de la subversión, como estaba fijado en la directiva 1/75 del Consejo de Defensa, -acorde con la Estrategia Nacional Contrasubversiva aprobada por el Poder Ejecutivo Nacional constitucional- sino de actuar además sobre sus bases filosóficas e ideológicas y sus causas políticas, económicas, sociales y culturales.

En definitiva, que la lucha de contraespionaje y contrasubversiva tuvo dos etapas en la que predominan estrategias distintas; la primera dirigida a luchar para neutralizar y/o aniquilar el accionar subversivo; la segunda a luchar para neutralizar y/o aniquilar las causas del accionar subversivo.

Los objetivos estratégicos de esa lucha fueron concebidos y conducidos desde el más alto nivel de gobierno; en tanto la táctica operativa estuvo a cargo de los comandantes de cada fuerza.

La junta Militar integrada por los Comandantes en Jefe de cada fuerza, erigida en órgano supremo, se reservó una amplia gama de funciones y atribuciones de gobierno, junto al ejercicio

del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas, según se desprende del art. 1º y 2º del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional.

Sin perjuicio de ello, y a pesar de que entre los objetivos básicos del Proceso constaba expresamente la erradicación de la subversión, no se desprende de las actas de la junta Militar agregadas a la causa que la conducción de las operaciones fuera ejercitada por ella. De ellas surge que el tema de la subversión fue tratado ocasionalmente, cuando su trascendencia y publicidad lo requerían, como por ejemplo en los casos Graiver y Timmerman (Actas núms. 5, 19, 21, 23, 31 y 56, 98, 100 y 111 respectivamente); el estudio de una declaración sobre los desaparecidos (72); la política a seguir en materia de derechos humanos (100/103); la implicancia política de la visita al país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (86) y la producción de un documento que incluyera la no revisión de los métodos empleados en la lucha contra la subversión.

Por el contrario, los comandantes en jefe de las F.F. A.A., mantuvieron el marco normativo vigente y en base al mismo dictaron sus Directivas.

El Ejército emitió las núms. 404/75, 504/75 y 604/75 cuyos anexos -Bases legales- enumeran el conjunto de leyes y decretos que dan sustento al accionar contrasubversivo y específicamente el plan de operaciones normales (PON/75) que establece que cuando se detenga a alguna persona con motivo de las operaciones, ella será alojada en algún instituto carcelario de su jurisdicción hasta tanto tome intervención el Poder Ejecutivo Nacional o el magistrado correspondiente, según sea puesto a disposición de uno y otro.

La Armada Argentina, fija en los anexos "E" y "F" de Placintara/75, el marco jurídico y el procedimiento con respecto a personas detenidas con motivo de la lucha contrasubversiva, expresando que se labrará un acta en el momento de la detención y que ella no puede prolongarse por más de 48 horas a los efectos de permitir el interrogatorio para cumplir con las necesidades de operaciones e inteligencia, y posteriormente deberá ponerse a disposición de la justicia militar correspondiente.

Por su parte, la Fuerza Aérea también enumera un conjunto de leyes al igual que las otras Fuerzas, que dan las bases legales del accionar en el anexo "Foxtrot" de la orden de Operaciones Provincia/76.

De lo expuesto, se evidencia que en lo que se refiere a la táctica empleada en la lucha contra la subversión, los comandantes en jefe no se sometieron a la autoridad de la Junta Militar sino que aquélla fue conducida desde el nivel de Comando por la cadena natural de mandos.

Cada comandante planificó su táctica y la instrumentó en cada una de las directivas, dentro del marco legal vigente, en orden a la detención de personas y puesta a disposición ya sea de la Justicia del Crimen o militar o del Poder Ejecutivo Nacional.

Por ello el objeto procesal de la causa radica en los delitos comunes que se cometieron con motivo de la lucha por parte de los subordinados, según induce el a quo, en cumplimiento de órdenes secretas, emitidas paralelamente.

8º) Que la existencia de dichas órdenes secretas, que avalaban la comisión de delitos por parte de los subordinados, se evidencia en la metodología empleada y la reiteración de los delitos por parte de los autores materiales.

Dicha metodología consistía básicamente en: a) capturar a los sospechosos en tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar del alojamiento; y f) da amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieron a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de

informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno. Para permitir su cumplimiento; los comandantes dispusieron que los ejecutores directos fueran provistos de los medios necesarios: ropa, vehículos, combustible, armas, municiones, lugares de alojamiento de los cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera. Finalmente, se dio por probado que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que pueden considerarse -como los robos producidos- consecuencia del sistema adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en los centros militares que utilizaban como base de operaciones los grupos encargados de capturar a los sospechosos.

Por no existir prueba fehaciente de que los Comandantes en Jefe, dictaron tales órdenes como integrantes de la Junta Militar, cabe concluir que lo hicieron cada uno como responsable máximo de su fuerza.

En la ejecución de esa táctica, cada Fuerza actuó en su jurisdicción, independientemente de las otras, produciéndose una verdadera feudalización de las zonas a tal punto que para que una Fuerza extraña pudiera operar en zona debía solicitar autorización al Comando que ejercía el control sobre ella, sin perjuicio de que cuando fuese necesario se solicitase la cooperación de las otras Fuerzas.

II.

9º) Que, por consiguiente, en los últimos 50 años los hombres de armas tuvieron intensa participación en la conducción del poder político del Estado, que a la luz de sus resultados, en su conjunto, hubiese sido mejor, para el bien de la Nación, evitarla. Esas intervenciones, para la cual no están preparados, "condujeron a la pérdida de prestigio de las Fuerzas Armadas, al alejamiento de su pueblo y a la quiebra inexorable de la moral y disciplina en el seno de las instituciones armadas" (Discurso del brigadier general Teodoro Waldner, Acto de egreso de oficiales de las Fuerzas Armadas, 7 de diciembre de 1986). La ilegitimidad del mandato empañó la empresa y hasta esterilizó los más nobles sacrificios. En lo que hace a la lucha contra los grupos subversivos en la represión a su cargo utilizó métodos no autorizados por los reglamentos y las leyes dejando de lado los códigos y la justicia.

10) Que ese método no convencional de lucha se utilizó a partir del 5 de enero de 1975 en el operativo independencia en acciones contra el E.R.P. y fue organizado sin autorización de Isabel Martínez de Perón. Contrariando las órdenes emanadas desde Buenos Aires, se elaboró un modelo de acción tomado de las experiencias proporcionadas por oficiales de la O.A.S. y las luchas de Vietnam y Argelia, de organización celular, con grupos de oficiales vestidos de civil y en coches de uso particular, con impunidad asegurada y aptos para dotar de mayor celeridad a las tareas de inteligencia y de contrainsurgencia que permitieron prescindir de la justicia, clasificar los prisioneros del E.R.P. según importancia y peligrosidad de modo que sólo llegaran al juez los inofensivos. Este tipo de acciones, cuando las Fuerzas Armadas asumieron el Poder del Estado fue adoptado por los respectivos comandantes y objeto de órdenes verbales, conforme la prueba obrante en la sentencia del recurso.

En efecto, allí se afirma que: "Las órdenes transmitidas por los Comandos eran verbales, según surge de las declaraciones del ya citado comandante Feced; del general Ramón Camps -en su indagatoria ante el Consejo Supremo en la causa instruida por el dec. 280/84-; del vicealmirante Rubén Chamorro -en su indagatoria ante el mismo tribunal en la causa instruida por los hechos cometidos en la Escuela de Mecánica de la Armada-; y del contralmirante José Suppich y del capitán de navío Horacio P. Estrada, en la causa 05/85 "S", del juzgado de Instrucción Naval a cargo del capitán de navío (R) Roque P. Funes. El primero, al ser preguntado sobre cómo recibía sus instrucciones del Comando de Cuerpo respondió: "...verbales, incluso la orden inicial... fue una orden verbal impartida por el comandante de cuerpo..." y sobre las órdenes que él debía impartir a sus subalternos: "... verbales, verbales...". El vicealmirante Chamorro, al preguntársele si como comandante del grupo de tareas emitió alguna orden de operaciones, respondió: "... solamente verbales...", y al insistírsele si esto era así respecto de las de carácter general y particular, dijo: "... sí, de carácter general y particular...". "No es de extrañar, pues, que del análisis de las normas escritas que efectuara el Consejo Supremo resultaran todas ellas 'formalmente inobjtables'".

Sobre el contenido de las órdenes, sostiene la Cámara que: "... del contenido de tales órdenes, es particularmente relevante lo expresado por el capitán de corbeta Miguel A. Rodríguez, en el ya citado expediente del juzgado de Instrucción Naval, cuando afirmó: '... dado que en esta guerra librada se actuó bajo el marco institucional y de acuerdo a directivas y organizaciones establecidas dentro de la Armada, en mi opinión y para salvaguardar el principio de autoridad rector de toda acción militar todos los hechos ocurridos en relación con el accionar antiterrorista deberán ser respondidos solamente por aquellos que tuvieron y tienen la responsabilidad de la conducción para de esta forma diluir la sensación de indignidad y culpabilidad que provoca la continua agresión contra nuestros principios y sentimientos; principios y sentimientos que tuvieron que ser dejados de lado en un período determinado en la vida de la Nación...'".

Respecto de las consecuencias a que condujo el abandono de los principios y sentimientos que tuvieron que ser soslayados, se agrega que: A qué hechos concretos condujo ese dejar de lado los principios, lo han demostrado las declaraciones de las víctimas, sus parientes y allegados, pero también lo corroboran: 1) los policías cuando relatan que introdujo en calabozos y oficinas gran cantidad de detenidos, a los que se encapuchaba con bolsas azules y se los interrogaba aplicándoles distintos castigos corporales (el ya citado personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires); 2) el contralmirante Suppich, cuando relató: "... las detenidas en base a indicios concretos eran alojadas... generalmente en alguna oficina desocupada donde normalmente permanecían con los ojos vendados, esposadas e incomunicadas, según lo prescripto reglamentariamente...". Es particularmente reveladora del espíritu y modo de efectuar esos interrogatorios la declaración del comandante Fedec acerca del trato y alojamiento de las detenidas mujeres cuando después de afirmar, que eran trasladadas a la Alcaldía -un lugar muy cómodo, con médicos, enfermeros y servicios sanitarios- agrega: "... con algunas el traslado no era inmediato, demoraba unos días, tres, cuatro, cinco días hasta obtener la información, porque una vez que estaba en la Alcaldía ya no la podíamos retirar de ahí, y si retirábamos a una detenida, venía con la celadora correspondiente, sola no, entonces, en un ámbito así, uno no puede hacer interrogatorios, no puede porque carece de ... digamos de reserva..." (los puntos suspensivos pertenecen al original).

Es importante señalar que la existencia de los centros clandestinos que tuviera por acreditada, ha sido corroborada, para sus respectivas jurisdicciones, por el general Luciano B. Menéndez, ex jefe del Tercer Cuerpo de Ejército, en su indagatoria ante el Consejo Supremo en la causa por denuncia de la CONADEP sobre los hechos ocurridos en "la Perla"; por el general Ramón Camps en la indagatoria ya citada y en la lista acompañada por su defensor general Osiris Villegas; y por el comisario Darío Rojas en su declaración informativa en la causa recién mencionada.

En síntesis, puede sostenerse que la forma en que las órdenes se transmitieron generaron un ámbito de clandestinidad que favoreció el sentimiento de impunidad de sus ejecutores.

Un ejemplo de los innumerables que obran en la causa es el tenido en cuenta por el a quo en el consid. 2º), cap. II, "Avalan lo expuesto las manifestaciones del capitán de fragata José F. Bussico, quien refirió que en ocasión de efectuar un procedimiento se dio a conocer por su nombre, mientras que el subdirector de la Escuela de Mecánica de la Armada, capitán de fragata Menéndez, lo hizo con un nombre falso; ello dio lugar a que sus superiores lo llamaran al orden y le hicieran saber que en ese tipo de tareas no se debían dar los nombres verdaderos...".

III.

11) Que los procesados Videla, Massera, Agosti y Viola aducen la inconstitucionalidad de la ley 23.040, pues lesionaría el principio de irretroactividad de la ley penal al derogar y anular la ley de facto 22.924, que estableció una amnistía que alcanzaba hechos como los que se les imputan.

12) Que, cualquiera sea su denominación las disposiciones y órdenes coercitivas dictadas por un gobierno de fuerza no son leyes conforme lo dispone la Constitución Nacional. Su condición espúrea no desaparece ni aun por el reconocimiento de su vigencia por el Congreso Nacional a través de leyes declarativas de que continúan en vigor (voto del suscripto en la causa

S.32.XXI, "Sejean c. Zaks de Sejean" del 27 de noviembre de 1986). Es por ello que no cabe compartir el criterio sentado en precedentes como los de Fallos: 207:207; 295:264, 706 y 809), según los cuales las disposiciones de contenido normativo dictadas por los gobiernos de facto con la denominación de "decretos-leyes" o "leyes" tienen vigencia hasta tanto sean derogadas por la autoridad legislativa constitucional, ni tampoco el más limitativo, sentado en Fallos: 289:177; 291:213 y 417, según el cual esas normas carecen en su origen de legalidad en tanto no emanaron del Poder legislativo que la Constitución Nacional establece, pero pueden llegar a legitimarse en razón de su efectividad, la cual consistiría en la aplicación que hacen de ellas los gobernantes en sus actos, los jueces en sus sentencias y los particulares en su proceder, en tanto se atengan voluntaria o forzosamente a ellas como normas obligatorias. Esto sin desconocer el derecho de los justiciables a dirigir sus pretensiones contra ellos, cuando en el caso concreto se les oponen como valla a sus derechos (caso "Sejean" citado), ni la posibilidad de que mediante actos que manifiesten la clara voluntad del Congreso Nacional -que no podrán ser leyes declarativas generales-, de modo expreso o tácito, de ratificar o convalidar tales "leyes" o "decretos-leyes", se convierta en ley al acto que no lo era.

13) Que en la cuestión "sub examine" se dan además otras razones expuestas en el voto del suscripto emitido en el caso de Fallos: 306:911.

La declaración de insanablemente nula, contenida en el art. 1º de la ley 23.040, expresa la voluntad del Congreso de utilizar el marco jurídico de la nulidad de la llamada ley de pacificación nacional y no el de la inexistencia, porque el art. 29 de la Constitución Nacional declara insanablemente nulos los actos que puedan significar la suma del poder público al atribuirse el Ejecutivo Nacional de facto, en ejercicio de facultades legislativas, facultades reservadas al Poder Judicial. En rigor se trata de una interpretación analógica, con miras a quitar a la amnistía dispuesta por el gobierno militar, todo efecto legal, por razones éticas derivadas de elementales principios de justicia que determinan que no pueden quedar impunes hechos aberrantes que desconocieron la dignidad humana; razones políticas vinculadas a la necesidad de discriminar entre las instituciones armadas en su conjunto y la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de sus hombres; y razones jurídicas que invalidan a la llamada ley de amnistía, tanto por su origen como por su oportunidad histórica y su finalidad.

La amnistía es un acto de gobierno y de soberanía que forma parte del sistema constitucional, y la única autoridad facultada para dictarla con carácter general, es el Congreso de la Nación, conforme lo establece el art. 67, inc. 17 de la Constitución Nacional, en razón de constituir el ejercicio de una potestad por la cual el Estado renuncia circunstancialmente a la represión de determinados delitos, disponiendo la extinción de la acción penal y haciendo cesar la condena y sus efectos, con la excepción de las indemnizaciones debidas a los particulares. Se borra así el hecho delictuoso, se extinguen las penas aplicadas y sus beneficiarios se reputan legalmente inocentes, con la finalidad de afianzar la unidad y la pacificación nacional.

El Congreso hizo entonces uso de facultades que le son propias, al declarar inconstitucional y nula dentro del ordenamiento político a la llamada ley de pacificación nacional. Ello es así, pues la ley 22.924 padece vicios de nulidad insanables, toda vez que con evidente exceso de poder pretendió utilizar facultades que ni el propio Congreso Nacional tiene reconocidas, para concederse beneficio de impunidad e irresponsabilidad, por hechos que se habrían cometido al margen de la ley, lo que contraría ética, política y jurídicamente los principios sobre los que se sustenta la forma republicana de gobierno. Mediante su dictado se ha buscado anular la potestad represiva del Estado, por sus propios órganos, en beneficio de los mismos, por más que esos hechos, en su realidad histórica, no puedan ser borrados por la voluntad humana.

14) Que las decisiones judiciales que se hubiesen dictado con fundamento en la llamada ley 22.924 no alcanzan entonces el carácter de cosa juzgada. Esta institución como todas las instituciones legales debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales. Su validez requiere su compatibilidad con la garantía de la defensa en juicio, por lo que no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a las que han sido precedidas de un procedimiento contradictorio (Fallos: 238:18; 255:162; 258:220; 281:421), no pudiendo tenerse por tales a aquéllos donde la parte contraria, o el interés social

-que se expresa a través del ministerio público- han tenido auténtica ocasión de ser oídos, posibilidad que la citada norma de facto está precisamente -entre otras cosas- destinada a impedir. La posibilidad de un debido proceso del que pueda surgir una decisión con valor de cosa juzgada, falta además, cuando no se da una cabal independencia y corrección en el actuar de los

magistrados (doctr. de Fallos, t. 281, p. 421). Es por ello que la Corte en numerosas ocasiones no reconoció tal inmutabilidad a decisiones judiciales; así decidió que la admisión genérica de la cosa juzgada no significa que su reconocimiento no pueda condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que se expidió la sentencia (Fallos: 254:320; 278:85).

Es de recordar en esta ocasión la doctrina del tribunal que consideró que, si bien la posible condena del inocente conmueve a la comunidad entera, en sus valores más sustanciales y profundos –Fallos: 257:132)- esto ocurre también con la absolución técnica de quienes han cometido un delito, en los supuestos en que la solución alcanzada puede adolecer de deficiencias susceptibles de afectar una irreprochable administración de justicia. Tal circunstancia compromete principios institucionales básicos, porque el consenso colectivo en la vigencia y eficacia de la ley penal es recaudo de la paz y el orden públicos, que en definitiva reposan en el imperio de la justicia (Fallos: 260:114 ; confr. Fallos: 280:297).

IV.

15) Que por entender el a quo que los hechos eran de jurisdicción militar por aplicación de los arts. 108 del Cód. castrense y 10 de la ley 23.049, analizó el encuadramiento de la conducta de los procesados de acuerdo con las reglas de los arts. 513 y 514 del Cód. de Justicia Militar. Sostuvo así que el primero de dichos artículos -contenido en el capítulo II, "Complicidad", del título I, libro I, tratado tercero- establece que en los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las pautas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas situaciones; y que el art. 514 es la excepción a esta regla, pues determina que en los delitos cometidos por la ejecución de una orden del servicio, el único responsable es el superior que la dio; a quien asignó carácter de autor mediato por aplicación del principio del dominio del hecho -que consideró esencial para la determinación de aquél- estimando que coexiste con el autor inmediato voluntario y consciente de la ejecución. También ponderó la sentencia que el art. 514 del Cód. castrense se aparta de los lineamientos de la teoría formal objetiva en materia de autoría, por lo que adopta el criterio objetivo material del dominio del hecho, basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar, que exige cabal obediencia del inferior jerárquico y férreo cumplimiento de la disciplina, mantenidas mediante la seguridad de que las órdenes van a ser obedecidas bajo amenaza de sanciones -arts. 667 y 674- y exclusión de reclamaciones suspensivas del cumplimiento -art. 675-. Concluyó afirmando que el art. 514 contiene un supuesto de autoría mediata y que, además, las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto del servicio en el sentido del art. 878 del Cód. de Justicia Militar con el alcance que esta Corte habría otorgado a esa norma del ordenamiento castrense, ya que los procesados estaban en pleno ejercicio del mando de las Fuerzas Armadas y en su carácter de Comandantes en Jefe emitieron las órdenes ilícitas con motivo de las operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista.

16) Que el ámbito de la normatividad jurídico-penal se relaciona con la voluntariedad de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico penal, sin que pueda limitarse el concepto de voluntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino como la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad a través de la voluntad.

17) Que ha sido la voluntad de los aquí juzgados el factor de dirección que sobredeterminó el acontecer causal exterior. Sin ellos las acciones ilícitas no hubieran existido; los hechos antijurídicos no se hubieran producido; y su responsabilidad personal no sería motivo de valoración al grado de conductas culpables. Es que, "en los delitos dolosos es autor solamente aquél que mediante una conducción consciente del fin, al acontecer causal en la dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" (Hans Welzel, "Derecho Penal Alemán", Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Edición Española, 11ª edición, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, 1976, p. 144). Se trata de la autoría mediata, que no se circunscribe a la autoría de los ejecutores inmediatos y que hace responsable como autor del hecho ilícito a quien -o quienes- tienen el dominio final del hecho. En este caso la autoría mediata del superior militar en virtud de la ejecución de una orden antijurídica obligatoria.

18) Que la autoría material de la autoría mediata, según Reinhardt Maurach, es el dominio del objetivo del acto por el inductor. El autor mediato es autor, no participe. A diferencia de la instigación que se presenta como corrupción del hombre libre, la autoría mediata se

garantiza esencialmente por el abuso del hombre no libre o parcialmente no libre, porque "controla del principio al fin, el curso de los acontecimientos" (Reinhardt Maurach, "Tratado de Derecho Penal", trad. de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 318).

Ese dominio del curso de los acontecimientos por el superior limita el campo de decisión autónoma del subordinado y reduce a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la licitud o ilicitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas.

19) Que la singularidad y significación de este caso alcanza situaciones límites. Es por ello por lo que las figuras de autoría, inducción y complicidad requieren un detenido examen para no exceder el marco de la legalidad.

20) Que debe quedar en claro que los delitos que motivan esta causa no son obra de fuerzas sociales autónomas ni resultado de "una red de conexiones de funciones en la que desaparecen el individuo y su participación personal". "Existe la colaboración individual, la acción individual en relación causal con el delito, y existen las competencias de las que es posible deducir no sólo el grado de poder individual, sino también la responsabilidad personal" (Confr. Himbernat Ordeig, E., "Autor y cómplice en derecho penal", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, p. 177, con opiniones de Peters y Sague, Monkrim).

21) Que se está ante una forma de autoría mediata claramente diferenciada del dominio basado en el miedo insuperable y del dominio basado en el error. El ejecutor, para el que tiene el dominio de la acción, es una figura anónima e intercambiable. Una rueda en el engranaje del aparato. (Roxim, "Taterschaft und Tatherrschaft", ps. 248/249, Hamburger Rechtsstudien, 1963). No se trata del hombre que está atrás sino del superior, del que ocupa el cargo de mayor jerarquía, el que está en la cúspide de la pirámide. El no induce ni castiga. Dispone, decide, manda, con la seguridad de ser obedecido.

22) Que la legislación nacional recepta la autoría mediata en el art. 514 del Cód. de Justicia Militar cuando considera exclusivamente responsable al superior en algunos casos, y junto a sus subordinados en otros, en oportunidad de cometerse un delito en ejecución de un acto de servicio. Que también la autoría mediata está contemplada en el art. 45 del Cód. Penal; al regular la participación castiga como autor a los que hubieran "determinado a otro", sin adscripción a posición dogmática alguna, lo que hizo posible una proficua elaboración doctrinaria. Al margen de los conceptos elementales de autor, instigador y cómplice, la ley penal instituye los conceptos de ejecutor, determinador y cooperador necesario y cooperador no necesario, estos dos últimos en realidad cómplices, primarios los unos, a los que pena como autores; secundarios los otros, a los que reduce la pena. Los ejecutores son "los que toman parte en la ejecución del hecho"; son los autores directos o inmediatos. En cuanto al determinador, además de la figura del instigador, comprende al autor mediato, al que tiene el dominio del hecho, al que se vale de otro. Por ello, dentro de la figura jurídica del determinador, y junto al instigador y el autor mediato, la ley penal crea un tipo especial de autor de la determinación, al que también aplica la pena del autor" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de derecho penal, parte general", IV Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982, pág. 295).

23) Que las razones desarrolladas conducen en el caso, a las mismas conclusiones a que se arriba en los restantes votos emitidos en la causa. Esto evidencia que, más allá de las divergencias doctrinarias y de los debates académicos en torno al tema de la autoría, puede emitirse este pronunciamiento de modo unánime en su parte dispositiva.

24) Que debe quedar en claro que este juicio alcanza a quienes, detentando la cúspide del aparato estatal, ejercieron el máximo de control imaginable y alcanzaron hasta el dominio de la producción del derecho positivo, pues, postergaron, como se señaló, a la Constitución Nacional al nivel de normas de tercer orden. No se juzga aquí a las Fuerzas Armadas de la Nación, sino a quienes, encaramados en su conducción, dejaron de lado los principios y sentimientos que animan a una recta formación militar.

El desmedido poder de hecho y la incontrolada capacidad legisferante alcanzados por los acusados, pudo mover a sus subordinados a una obediencia cuyos límites les eran muy difícil de

precisar, tanto subjetiva como objetivamente, circunstancia que no puede dejar de valorarse, y que en la medida que aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes -sin agregarles en su cumplimiento, por propia iniciativa, hechos aberrantes, ni cometer en provecho propio delitos comunes- hacen más serio el cargo que cabe efectuar a quienes, desde los mandos más altos de la Nación, utilizaron el mecanismo de subordinación característico de las instituciones militares con finalidades repugnantes a los fines que en situaciones normales deben animar a aquéllas.

25) Que cabe que esta Corte precise esta circunstancia, porque no se le escapa que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos, en la cual los acusados han agregado el último y más grueso de los eslabones. De esa manera se podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana.

26) Que corresponde determinar si las conclusiones que ha establecido el a quo en relación a los hechos son pasibles de la tacha de arbitrariedad formulada en varios de los recursos traídos a decisión de la Corte.

La Cámara de Apelaciones, al haber actuado en única instancia ordinaria en sustitución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (art. 10, ley 23.049) ha procedido legítimamente como jurado en la apreciación de la prueba de los hechos (art. 392, 2º párr., Cód. de justicia Militar) y fallado de esta forma tras valorar las probanzas arrimadas a la causa por medio de la sana crítica razonada. Esto limita al extremo las facultades revisoras de este tribunal, pues según los términos de la doctrina aludida no puede reemplazar normalmente el criterio de los jueces de la causa en sus conclusiones de índole fáctica, salvo supuestos de manifiesto apartamiento de las constancias arrimadas al proceso, o de absurdos axiológicos en su apreciación; estas exigencias en el caso deben adecuarse además a la circunstancia de que las conclusiones a que arriba el a quo descansan en la convicción que se ha formado (Fallos: 235:276 ; 302: 191). Esto sentado no resultan atendibles las tachas aducidas con fundamento en la referida doctrina, pues no se advierte tras el cotejo de los distintos agravios traídos y de la sentencia recurrida deficiencias que puedan alterar aquella convicción, por lo que cabe que la Corte tenga por probados los hechos incriminados en la sentencia apelada.

27) Que en consecuencia no resultan atendibles agravios tales como los referidos a los casos 454 y 571 (Fernando M. Menéndez y Mario J. Miani) articulados por el encartado Viola y el Ministerio Público; el de los encartados Videla, Lambruschini y Viola atinente a la emisión de órdenes tenidas por ilegales y al análisis efectuado de las causales; las objeciones en relación a la admisión y valoración de la prueba efectuadas por los encartados Massera, Viola y Lambruschini; los agravios del encartado Viola a la graduación de la pena, los de los encartados Agosti, Viola y Lambruschini sobre la admisión de prueba testimonial, vertida en otros expedientes y declaraciones, prestadas mediante exhorto diplomático, las dificultades para repreguntar y la inhabilidad aducida de algunos testigos.

28) Que la defensa del procesado Agosti se agravia de la sentencia del a quo, que lo condena en los casos 282, 284 y 286 por el delito de robo (art. 164, Cód. Penal). Sostiene al respecto que en la oportunidad procesal correspondiente no fue interrogado concretamente por tales hechos, lo que impide el ejercicio de la garantía de defensa en juicio. En subsidio plantea la prescripción de la acción penal en relación a esos delitos pues conforme a la teoría del paralelismo, habría transcurrido el plazo máximo establecido en el art. 62, inc. 2º del citado Código.

29) Que ambas cuestiones, como lo reconoce el apelante en el remedio intentado, no fueron sometidas a la decisión de los jueces de la causa, por lo que sería de aplicación en este punto lo decidido por esta Corte en el sentido de que, a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, es indispensable que la cuestión federal haya sido invocada como punto de la controversia pues sólo así queda introducida en el juicio y puede ser materia de pronunciamiento, ya que no son atendibles en la instancia extraordinaria los agravios derivados tan solo de la conducta discrecional del recurrente, demostrativa de su falta de interés en el punto (Fallos: 248:664; 249:466; 290:92, entre otros).

30) Que sin perjuicio de lo expuesto y en relación a la prescripción de los robos cometidos en los casos citados, por los que fuera condenado el procesado Agosti, si bien tal cuestión no aparece como sorpresiva, el agravio resulta atendible en esta instancia cuando está dirigido a

obtener la declaración de la prescripción de la acción penal, pues ésta es de orden público y puede ser declarada de oficio, lo que significa que se produce de pleno derecho por el solo transcurso del plazo previsto en la ley.

Que surge de las constancias de la causa que los robos fueron cometidos el 2 de junio de 1977 -caso 282-; el 14 de noviembre de 1977 -caso. 284- y entre el 24 de enero de 1978 y el 12 de abril de 1978 -caso 286-. No obstante ello, la fecha a partir de la que deberá comenzar a correr la prescripción es de mayo de 1978, momento en que el a quo tuvo por probado el desmantelamiento del centro clandestino "Mansión Seré"; lapso hasta el cual se pudieron cometer otros delitos que interrumpirían el curso de la prescripción de aquéllos (art. 67, 4º párr., Cód. de fondo).

En consecuencia, teniendo en cuenta que el delito de robo -art. 164 del Cód. Penal- en su redacción actual, que es más benigna que la vigente al cometerse los hechos ilícitos, prevé una pena máxima de seis años, cabe concluir que entre mayo de 1978 y el 2 de agosto de 1984, fecha en la cual fue indagado el imputado, ha transcurrido con exceso el plazo previsto por el art. 62 del Cód. Penal y por lo tanto corresponde declarar extinguida la acción penal por prescripción de los delitos de robo por los que fuera condenado Agosti (casos 282, 284 y 286).

31) Que, la Fiscalía de Cámara se agravia de la decisión del a quo por las que declaró prescripta la acción penal en los delitos de privación ilegítima de la libertad atribuidos al procesado Agosti. Afirma que el sentenciante basó su decisión en el hecho de que había transcurrido el plazo máximo de la pena prevista para dicho delito -6 años-, desde que el encausado perdió el dominio de la acción a raíz de haberse destruido el único centro clandestino de cautiverio dependiente de la Fuerza Aérea, y el día en que el encartado fue llamado a prestar declaración indagatoria.

Sostiene que la sentencia resulta arbitraria ya que han sido tratados del mismo modo los casos de personas que recuperaron su libertad y el de aquellas que se desconoce su paradero, dado que, con relación a estos últimos, el carácter permanente del delito no permite establecer fehacientemente que su comisión haya cesado con la destrucción del centro "Mansión Seré", por lo que el momento desde el cual corre el plazo de la prescripción, debió fijarse en la fecha en que el procesado cesó en la jefatura de su Fuerza.

Por último, se agravian con respecto a la prescripción decretada por los jueces en el caso Pilar Calveiro de Campiglia -486-, sobre la base de la entrega de la víctima a la Armada, pues se desconoce la complicidad en el delito, materializada a través de la entrega.

32) Que el recurso no resulta procedente pues los jueces sólo han decidido en el punto, que el momento desde el cual debe contarse el plazo de la prescripción de aquellas personas que no recuperaron su libertad, es el de la destrucción del único centro a cargo de la Fuerza Aérea denominado "Mansión Seré" en mayo de 1978, fecha en la cual, el procesado Agosti perdió el dominio de la acción y no cuando cesaron las privaciones ilegítimas de la libertad de éstas personas.

Por los mismos fundamentos, no puede aceptarse la tesis fiscal de fijar el comienzo de la prescripción el día en que Agosti dejó de ejercer la comandancia de la Fuerza, pues de esta forma tampoco puede determinarse la fecha en que cesó el delito contra las personas que no reaparecieron.

33) Que tampoco puede afirmarse que han recibido un trato similar los casos de aquellas personas que recuperaron su libertad con anterioridad al desmantelamiento del centro referido y aquellas que se desconoce su paradero, ya que la coincidencia de que el plazo de la prescripción comience a contarse de la misma fecha, deriva de la circunstancia, ya dicha, de la pérdida del dominio de la acción por parte del encausado respecto de los últimos que a su vez interrumpían el curso de la prescripción, conforme al art. 67, párr. 4º, del Cód. Penal.

34) Que con referencia al caso 486, no resulta arbitraria la solución a que ha arribado el a quo, toda vez que ella es consecuencia necesaria de la atribución de responsabilidad a cada encausado por los delitos cometidos por sus subordinados.

35) Que la defensa del procesado Viola se agravia de la sentencia del a quo pues afirma que se condena a su asistido por las privaciones ilegítimas de la libertad de Mario O. Romero -caso 330- y Guillermo R. Puerta -caso 533-, sin que se hubiera acusado por tales hechos.

Se desprende de la contestación de agravios de la Fiscalía de Cámara que los citados no formularon requisitoria fiscal en esos casos. En esas condiciones es de aplicación la doctrina de la Corte por la cual la garantía de defensa en juicio involucra la oportunidad de todo procesado de ser oído, conocer las imputaciones y producir pruebas en su descargo (Fallos: 63:102; 100:408; 182:502; 185:242; 187:627), por lo que corresponde acoger favorablemente este agravio.

36) Que el Ministerio Público se agravia en cuanto se omitió analizar las respuestas mendaces a requerimientos judiciales que, contenidas en documentos públicos o copias certificadas de éstos, configurarían el delito de falsedad ideológica que fuera motivo de acusación.

37) Que corresponde declarar improcedente el recurso intentado ya que los agravios en que se fundan han sido extemporáneamente planteados. En efecto, de las declaraciones indagatorias de los procesados y sus respectivas ampliaciones no surge que se le hayan exhibido a los mismos los documentos de los cuales surgiría la falsedad, lo que implica una violación de las formas de procedimiento -art. 238, inc. 6º del Cód. de Justicia Militar- que debió ser debatida ante los jueces de la causa o por lo menos solicitar la nulidad de las actuaciones a ese respecto para que oportunamente se completara su instrucción (Fallos: 286:83; 300:596).

38) Que el recurso interpuesto por la defensa de Viola se funda en que, al no tener probado los sentenciantes el cautiverio interrumpido del mismo, no es posible descartar que la privación de la libertad haya cesado en una fecha que permita tener por prescripta la acción penal, conforme el día en que su defendido prestara declaración indagatoria.

39) Que este agravio resulta improcedente pues la comisión de otros delitos por los que fuera condenado el procesado interrumpe la prescripción que intenta esgrimir a tenor de lo impuesto por el art. 67 del Cód. Penal.

40) Que el Ministerio Público dedujo recurso de hecho mantenido por su representante ante esta Corte a raíz de la denegatoria del recurso extraordinario que interpusiera la Fiscalía de Cámara, por considerar arbitrario el fallo recaído en autos en lo concerniente a la responsabilidad de la Junta Militar por la totalidad de los hechos de la causa, al análisis efectuado en cuanto al delito de encubrimiento y a la individualización de las penas impuestas a los coprocesados Agosti y Lambruschini.

41) Que en relación a la primera cuestión, la quejosa entiende que el a quo omitió el tratamiento de pruebas relevantes y, además, arribó a conclusiones arbitrarias en base a las constancias de la causa. Estiman, que dichas probanzas acreditan que los integrantes de cada una de las ex Juntas Militares tomaron parte de la totalidad de los hechos cometidos durante el período en que desempeñaron la comandancia de su arma, sin necesidad de distinguir a qué Fuerza pertenecían los subordinados que, como autores directos ejecutaron los hechos ilícitos. Afirman que en virtud de tal concurrencia a los acontecimientos, los sentenciantes debieron considerar coautores mediatos a los encausados. Añaden, en subsidio que, como consecuencia de la responsabilidad primaria ejercida por la Fuerza Ejército, su comandante resultaría autor de todos los hechos cometidos durante el ejercicio de ese cargo. Por último advierten que, excluidas ambas hipótesis, igualmente el a quo debió analizar la posible complicidad, de cada uno de los procesados en los delitos atribuidos a personal de las otras dos Fuerzas.

42) Que según surge del fallo en examen, el a quo entendió, conforme se desprende de la prueba aportada al proceso que, los integrantes de cada una de las ex juntas Militares no codominaron los hechos, afirmación que se basa en la carencia de constancias acerca de la decisión conjunta, de la cual es consecuencia el común dominio de los acontecimientos, como elemento indispensable de toda hipótesis de coautoría. Luego de efectuar un análisis de las circunstancias en que, a criterio del Ministerio Público, se fundaba la planificación común de los hechos ilícitos cometidos, los sentenciantes estimaron que tales extremos resultaban insuficientes para acreditar el punto, conclusión de la que este Tribunal no encuentra razones para apartarse, en tanto descansa en una apreciación de los hechos, debidamente fundada, lo que aventa la tacha de arbitrariedad.

43) Que, por otra parte, en la sentencia se consideró que no se hallaba probada la coejecución de los hechos, mediante un dominio funcional, sino que se sostuvo que los elementos probatorios demuestran que cada uno de los encausados tomó a su cargo, de manera autónoma, la ejecución y control de lo realizado por sus respectivos subordinados, sin injerencia relevante de los otros coprocesados y sin intervención de la junta Militar como ente ejecutor y

controlador. Conclusión que, por otra parte, también ha arribado esta Corte y que fuera expuesta en el considerando 7º.

44) Que si bien es correcta la afirmación de los representantes del Ministerio Público de que los hechos que constituyeron materia de acusación configurarían una recíproca participación de cada uno de los integrantes de las ex Juntas Militares en los delitos cometidos durante el período en que ejercieron la comandancia de sus respectivas Fuerzas, no puede sostener válidamente que la subsunción de tal complicidad de la autoría mediata opere sólo respecto del procesado a quien se le atribuye la autoría del hecho. Tampoco lo es, por lo tanto, que, descartada la autoría de los otros dos integrantes de la junta de que se trate, recobre vigencia la responsabilidad como cómplice.

Elo es así pues media entre ambas formas de participación en los hechos, una relación concursal aparente que se resuelve en favor de la forma más grave, pues los actos de complicidad con los propios subordinados, trajeron aparejada, además, la contribución en los hechos ilícitos cometidos por los subalternos de sus pares en cada período, empero, no acreditados los extremos de la coautoría, la ilicitud de tales actos de participación se encuentra insita en la ilicitud de la autoría mediata de los hechos atribuidos a cada encausado.

45) Que, también corresponde rechazar el planteo esgrimido en forma subsidiaria por los apelantes, según el cual la sentencia en examen ha omitido considerar "la responsabilidad del comandante en jefe del Ejército como autor de todos los hechos cometidos por el personal a él subordinado a través de la cadena de mando, aun cuando perteneciera a las otras dos Fuerzas" pues la cuestión no fue articulada ni debatida ante los jueces de la Cámara y recién fue planteada en el escrito de recurso extraordinario.

46) Que con relación a la alegada arbitrariedad en el tratamiento del delito de encubrimiento e individualización de las penas impuestas a Agosti y Lambruschini, ésta no puede prosperar pues ha sido resuelta por el a quo en forma razonable.

47) Que en cuanto a la nulidad de la declaración indagatoria prestada ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, planteada en el recurso de hecho interpuesto por el encausado Massera, el agravio no fue introducido en el recurso extraordinario, sin que en la queja se aduzcan razones suficientes que lo hagan atendible.

48) Que con el fin de sostener la procedencia del recurso, los procesados Videla, Massera y Lambruschini afirman que resulta aplicable a la presente causa, la doctrina de la gravedad institucional, elaborada por el tribunal. Sin embargo, las cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal, planteadas en las presentaciones directas de los recurrentes, no alcanzan a revestir el interés institucional que allí se les asigna.

49) Que por remitir a la consideración de puntos no federales resueltos de manera razonable por el a quo, corresponde desestimar los planteos efectuados por los coencausados Viola y Massera, en cuanto a la alegada prescripción de la acción penal que, según sostienen, se habría operado respecto de algunos de los delitos de privación ilegal de la libertad y robo, por los que resultaron condenados.

Asimismo, el agravio referido a la interpretación del tipo penal del delito de privación ilegal de la libertad, que fuera esgrimido por el encausado Lambruschini, debe correr igual suerte toda vez que se refiere a una cuestión de derecho común irrevisable en esta instancia de excepción.

50) Que en lo que respecta a la supuesta invalidez del dec. 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, agravio sustentado por los procesados Massera y Viola, los recurrentes no rebaten las razones expuestas en la sentencia, ni demuestran la relación directa e inmediata que la cuestión guarda con las garantías constitucionales que entienden conculcadas (art. 15, ley 48).

51) Que las cuestiones atinentes a la nulidad de la declaración indagatoria por defectuosa intimación de los hechos, alegada por el encartado Viola, y la que se refiere a la invalidez de la acusación, planteo este último esgrimido por el nombrado y por el coprocesado Lambruschini, resultan improcedentes ya que sólo expresan su disconformidad con lo resuelto en temas privativos de los jueces de grado, respecto de los cuales la sentencia cuenta con fundamentos que no han sido mínimamente rebatidos y no exponen el agravio concreto que las supuestas imperfecciones a que aluden puedan haberles ocasionado.

De igual modo, corresponde desestimar los agravios de arbitrariedad referidos al rechazo de las cuestiones de hecho propuestas por las defensas y a la forma en que fueron votadas tales cuestiones por el a quo, planteos de los coencausados Viola y Lambruschini toda vez que, además de remitir a la consideración de puntos excluidos del ámbito delimitado por el art. 14 de la ley 48, la impugnación carece de sentido por falta de gravedad. Ello es así, pues como bien se señala en el auto denegatorio, las cuestiones de hecho previstas en el ordenamiento procesal aplicable, se vinculan con la actuación de jueces legos, motivo por el cual se podría haber omitido, sin agravio alguno, el cumplimiento de lo expuesto por el art. 379 del Cód. de Justicia Militar.

52) Que el agravio de inconstitucionalidad de la ley 23.049, traído por los coprocesados Viola y Lambruschini, y que se basa en la supuesta violación de la garantía constitucional del juez natural, comporta la formulación de una cuestión precluida que ya ha sido resuelta por esta Corte en la sentencia obrante a fs. 2219/2237 de la causa.

Otro tanto ocurre con el planteo efectuado por el encausado Lambruschini, en cuanto a la inobservancia de normas federales en el modo de integración del tribunal a quo, la cual también ha sido resuelta por esta Corte, con fecha 27 de diciembre de 1984, en la causa L.177.XX.

53) Que a idéntica decisión corresponde arribar en cuanto al alegado desconocimiento de la garantía de defensa en juicio, por la adopción de las reglas del procedimiento sumario, esgrimido por los coencartados Viola y Lambruschini. Ello es así, pues replantean, sin expresar los perjuicios concretos que dicho trámite les ocasionó ni rebatir los argumentos del fallo recurrido -fs. 28.290/28.297-, lo decidido por el tribunal en Fallos: 306:655; V.110.XX.; F.296.XX. y L.2.XX., en relación a la legalidad del procedimiento escogido.

Por las mismas razones, corresponde desestimar el agravio de la defensa de Lambruschini en lo referente a la violación de la defensa en juicio por el ejercicio de facultades reglamentarias por parte del a quo, pues tal artículo fue decidido por esta Corte con fecha 27 de diciembre de 1984, "in re" V.110.XX.

54) Que por presentación directa de los particulares damnificados Graciela Castagnola de Fernández Meijide, Enrique Fernández Meijide y Enrique Israel, se agravian de la sentencia pues consideran que no se ha cumplido con la obligación de juzgar todos los casos conexos a esta causa, a la arbitraria absolución de los casos cuya prueba desistida por el Fiscal de Cámara, a la omisión del debido análisis de las directivas de las Fuerzas Armadas y la omisión del a quo al no condenar, por falta de requisitoria Fiscal, a los comandantes que sucedieron en el cargo a aquellos que fueron sancionados por el delito de privación ilegítima de la libertad.

55) Que, el recurso es improcedente ya que si bien los peticionantes gozan de la calidad de particulares damnificados (art. 100 bis, Cód. de Justicia Militar, introducido por ley 23.049), su intervención se encuentra limitada por dicho artículo y por lo tanto no pueden reemplazar en dicho carácter al Ministerio Público, y sólo podrán actuar en la medida del interés personal.

En lo que respecta a la denegación de medidas probatorias, las alegaciones de los recurrentes resultan insuficientes para habilitar la competencia extraordinaria, sin embargo cabe puntualizar que la facultad de indicar medidas de prueba al tribunal reconocida por el art. 100 bis del Cód. de Justicia Militar no obliga a éste de manera alguna a su concesión.

Asimismo, la tacha de arbitrariedad relacionada con el criterio para computar los plazos de la prescripción de la acción penal y las consideraciones en orden a la responsabilidad de algunos procesados por el delito de encubrimiento, deben ser descartados en atención a lo expuesto en los consids. 32 y 46 respectivamente.

56) Que la denegatoria del recurso extraordinario por falta de los requisitos previstos en el art. 100 bis del Cód. castrense, originó la presentación directa de María T. Piñero de Georgiadis, Ana M. Pérez de Smith, Jorge A. Taiana, Bella Epsztein de Frizzman y Alberto Acosta, invocando su calidad de particulares. damnificados por los hechos que constituyen el objeto de este proceso.

57) Que en la sentencia dictada por esta Corte en la causa F.296.XX. "Fernández Meijide, Pablo sobre averiguación por privación ilegal de la libertad" se reconoció la legitimación del particular damnificado para recurrir ante este tribunal por vía del art. 6º de la ley 4055, cuando mediare un interés personal, lo que no se da en la presente queja pues no se rebaten los argumentos vertidos por el a quo en el auto de denegatoria.

Por lo expuesto, se confirma la sentencia apelada en todo en cuanto ha podido ser materia de recurso, con excepción de lo dispuesto en el consid. 35, con base en el cual se absuelve al procesado Roberto E. Viola de los delitos de privación ilegal de la libertad en perjuicio de Mario O. Romero -caso 330- y Guillermo R. Puerta -caso 533-, modificándose la pena privativa de la libertad que le fuera impuesta por el a quo (art. 16, 2ª part., ley 48), por la de 16 años y 6 meses de prisión; y con excepción de lo dispuesto en el consid. 30) con base en el cual se absuelve al procesado Orlando R. Agosti y se declara extinguida la acción penal por prescripción de los delitos de robo (casos 282, 284 y 286), modificándose la pena privativa de la libertad impuesta por el a quo por la de 3 años y 9 meses de prisión. Notifíquese y devuélvase a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. – CARLOS S. FAYT (según su voto).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON JORGE ANTONIO BACQUÈ

Considerando:

1º) Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, que condenara a Jorge R. Videla, Emilio E. Massera, Orlando R. Agosti, Roberto E. Viola y Armando Lambruschini, a las penas allí establecidas, y absolviera a Omar D. Rubens Graffigna, Leopoldo F. Galtieri, Jorge I. Anaya y Basilio A. Ignacio Lami Dozo, por la comisión de los delitos que oportunamente ordenó investigar el Poder Ejecutivo Nacional, a través del dec. 158, del año 1983.

2º) Que los procesados Videla, Massera, Agosti y Viola plantean la inconstitucionalidad de la ley 23.040 pues entienden que lesiona el principio de irretroactividad de la ley penal al derogar y anular la ley de facto 22.924, que amnistiaba hechos de la índole de los que constituyen el objeto de esta causa. Sostienen, en tal sentido, que la última norma citada debe aplicar ultractivamente por ser más benigna pues en caso contrario se violaría el art. 18 de la Constitución Nacional; además, arguyen que el art. 2º de la ley 23.040 desconoce el principio de la cosa juzgada y, finalmente, se agravan por entender que el Congreso Nacional carece de facultades para declarar la falta de validez constitucional de las leyes y proceder a su anulación. Esgrimen, en este punto, que el Poder legislativo, al dictar la ley 23.040, ha invadido la esfera del Poder judicial vulnerando los arts. 18, 67 y 100 de la Constitución Nacional.

3º) Que, conforme a la doctrina sentada por esta Corte, la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda la reconozca (Fallos: 306:176).

En ejercicio de esas facultades, el Congreso Nacional derogó la ley de facto 22.924, fundando explícitamente tal decisión en la inconstitucionalidad de la mencionada norma (ver voto del doctor Fayt "in re": "Lami Dozo, Basilio s/ decreto 158/83", sentencia del 31 de julio de 1984).

Ello así, y toda vez que, de resultar inconstitucional la ley de facto 22.924, la cuestión traída a juzgamiento se tornaría abstracta -ya que no se modificaría, respecto de los encausados, la situación preexistente a la sanción de la ley 23.040- el tribunal considera imprescindible pronunciarse acerca de la adecuación o no al texto constitucional de la ley de facto 22.924.

4º) Que, si bien esta Corte ha reconocido a los gobiernos de facto la facultad de dictar los actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines (Fallos, t. 238, p. 198; t. 279, p. 368), no puede sostenerse válidamente que la ley de facto 22.924 se haya mantenido dentro de ese límite. Por el contrario, esa norma no fue dictada en interés público o de terceros, sino que fue sancionada por el propio gobierno de fuerza, respecto de delitos que incluían, principalmente, a aquéllos atribuibles a sus integrantes. En tal sentido, cabe recordar que el tribunal ha vedado al Congreso Nacional la posibilidad de dictar leyes de autoamnistía (Fallos:

234:16; 247:387), por tanto, dado que los órganos de facto no poseen mayores facultades que los de iure (Fallos: 169:309), necesario es concluir que le son extensivas, al menos, iguales restricciones.

5º) Que, por otra parte, como ya se ha establecido dentro de nuestro régimen constitucional, todo gobierno está facultado para establecer la legislación que se considere conveniente, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías individuales o las restricciones que la misma Constitución contiene, en salvaguarda de las instituciones libres (Fallos: 238:76).

6º) Que el art. 29 de la Constitución Nacional sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta Magna tutela, por el otro. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza.

El gobierno del llamado Proceso de Reorganización Nacional, invocando razones de aquella índole, usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos. Así, la falta de un estado de derecho -único capaz de garantizar el respeto de los derechos individuales-, sumada al control omnímodo del poder por parte de los encausados, tuvo como consecuencia el desconocimiento absoluto de aquellas garantías. Tales circunstancias, alcanzaron su máxima expresión con el dictado "in extremis" de la llamada "ley de pacificación nacional", en la que se plasmaron las dos hipótesis prohibidas por el art. 29 de la Constitución Nacional.

En efecto, la aplicación de la regla en análisis tuvo como consecuencia que quedaran impunes hechos que desconocieron la dignidad humana y, asimismo, excluyó del conocimiento del Poder Judicial el juzgamiento de tales ilícitos, alcanzando de ese modo los extremos que el art. 29 de la Constitución Nacional rechaza enfáticamente, por lo que dichos actos carecen en absoluto de efectos jurídicos.

7º) Que, en razón de lo expuesto, necesario es concluir que la inconstitucionalidad de la ley de facto 22.924 resta a esta regla todo valor jurídico. Por ello, no resulta de aplicación al caso de autos el principio de la ley más benigna, contenido en el art. 2º del Cód. Penal invocado por los recurrentes, dado que la norma del gobierno militar en examen no constituye ley válida y, en consecuencia, no es susceptible de aplicación ultraactiva.

8º) Que, por similares razones, el tribunal entiende que lo establecido en el art. 2º de la ley 23.040 no vulnera el principio de la cosa juzgada pues éste, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales (Fallos: 238:18). Así, esta Corte ha reconocido numerosas excepciones al principio de la inmutabilidad de las sentencias (Fallos: 254:320; 255: 162; 258:220; 278:85, entre otros), dado que los loables motivos que lo inspiran, no son absolutos y deben ceder frente a la necesidad de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional (Fallos: 281:421).

9º) Que las defensas de los procesados Videla, Viola y Lambruschini afirman que la interpretación efectuada por el tribunal a quo del art. 514 del Cód. de justicia Militar, resulta arbitraria, toda vez que, según entienden, implica una contradicción que a los ejecutores que resulten responsables se les apliquen las reglas que, sobre la participación, prevé el Código Penal y a quienes impartieron las órdenes lo establecido por el art. 514 del Cód. de Justicia Militar. Por tal motivo, reclaman la aplicación del ordenamiento penal común en ambos supuestos. Además, sostienen que la citada norma del Código de justicia Militar no contempla un supuesto de autoría sino que establece una ficción de responsabilidad referida sólo a los subordinados, motivo por el cual califican de extensiva a la interpretación realizada.

10) Que, asimismo, las defensas de los nombrados junto con la del encausado Massera aducen con respecto al art. 45 del Cód. Penal, que los jueces de la anterior instancia incurrieron en interpretación analógica y, en consecuencia, violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional.

11) Que lo atinente a la inteligencia y aplicación del art. 45 del Cód. Penal es, con arreglo al art. 15, de la ley 48 y a reiterada jurisprudencia de esta Corte, cuestión de orden común, irrevisable en la instancia extraordinaria (Fallos: 102:414; 127:36; 184:574; 254:475; 302:961 y muchos otros). En efecto, calificar a la interpretación según los resultados que ésta arroja

supone haber determinado la inteligencia que se considera correcta, supuesto sólo a partir del cual se estará en condiciones de señalar como extensiva a la que otorga la norma mayor amplitud y restrictiva a la idea que le adjudique menor alcance. Tal determinación importa, necesariamente, establecer el sentido de la norma en análisis por el método interpretativo que sea adecuado al caso, lo que equivale a realizar la tarea que, en principio, la disposición antes citada ha dejado fuera de la jurisdicción apelada del tribunal.

Ello sentado, lo resuelto en esa materia por los jueces de la causa sólo puede revisarse cuando media arbitrariedad que consistiría, en hipótesis como la de autos, en un manifiesto apartamiento del marco normativo. En tal sentido, el exhaustivo examen histórico-dogmático que, sobre los límites de la norma, se realiza en la sentencia, permite afirmar la inexistencia de cuestión federal que habilite la jurisdicción extraordinaria.

12) Que, en cuanto a la admisibilidad del recurso, no ocurre igual con la norma del art. 514 del Cód. de Justicia Militar. En efecto, ha sido doctrina de esta Corte que la jurisdicción ejercida por los tribunales militares no es la del art. 100 de la Constitución Nacional y, por tal motivo, en lo referente a la interpretación de las normas castrenses, carece de las facultades de revisión que posee respecto del resto de las leyes federales (Fallos: 149:175; 175:166; 258:351; 265:159; 298:285 y otros). Sin embargo, la vigencia del estado de derecho y la conciencia jurídica alcanzada por la sociedad argentina, constituyen razones suficientes para modificar aquel criterio, máxime frente a la creación de una revisión por ante la justicia nacional de los fallos dictados por los tribunales militares, conforme lo preceptúa la ley 23.049, que implica el rechazo de la idea que sustenta la doctrina antes reseñada (Fallos: 306:655, voto concurrente "in re": "Bignone").

En tales condiciones, y toda vez que la resolución del a quo se funda en la norma federal citada y resulta contraria al derecho alegado por los apelantes, el recurso es procedente.

13) Que el principio enunciado en el art. 18 de la Constitución Nacional, de acuerdo al cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, reclama, sin duda, la determinación por el legislador de los hechos punibles y de las penas a aplicar y proscribire la aplicación analógica de la ley penal (Fallos: 69:246 y 248; 75:192; 150:293; 184: 116, entre muchos otros). Empero, no impide la interpretación de sus normas para llegar a la determinación de su sentido jurídico, tarea ésta específica del Poder judicial (Fallos: 254:315).

En el ejercicio de este ministerio, los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y los no punibles, conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la interpretación judicial constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así, en conquista irreversible del pensamiento democrático. Para alcanzar acabadamente este objetivo, lo cual significa que la tarea interpretativa adquiere legitimidad, es requisito indispensable que ella permita la aplicación racional de las normas jurídico penales.

Ahora bien, no es pertinente afirmar que todo comportamiento punible deba ser deducido de lo fundado en la ley en sentido formal y con prescindencia de las decisiones del intérprete. En efecto, la aplicación del derecho positivo penal plantea la necesidad de decidir en favor de una u otra de sus posibles interpretaciones, sin que pueda deducirse dicha decisión de los textos legales. Ello es así, entre otras razones, porque el lenguaje de las leyes penales -y el lenguaje en general- no tiene en todos los casos un significado inequívoco y exacto, suficientemente definido como para reconocer en aquéllas un solo sentido. Tal es la razón por la cual, según ha dicho esta Corte, resulta inadmisibles la premisa que sostiene que el único procedimiento hermenéutico admitido por el art. 18 de la Constitución Nacional es el gramatical (Fallos: 302:961).

14) Que, a la luz de las precedentes consideraciones, cabe ahora adentrarse en la interpretación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar, norma que no ha merecido, por parte de los recurrentes, objeción constitucional alguna.

Dicho precepto se encuentra ubicado en el capítulo del ordenamiento castrense correspondiente a la complicidad. Las disposiciones allí estatuidas devienen aplicables a la causa en razón de haberse establecido que los delitos que constituyen su objeto son de jurisdicción militar.

El principio general para estos delitos es la aplicación de las reglas que, sobre autoría y participación prevé el Cód. Penal (art. 510, Cód. de, Justicia Militar); el artículo siguiente (514) establece una excepción cuando determina que si se cometiere un delito en ejecución de una orden del servicio, el único responsable será el superior que la haya impartido. No obstante, si el inferior se excede en el cumplimiento de la orden, o actúa con capacidad de decisión o, finalmente, cumple órdenes consistentes en la comisión de hechos atroces o aberrantes, se convierte también en responsable (arts. 514, última parte, Cód. de Justicia Militar y 11, ley 23.049).

Un detenido análisis de la norma, cuya interpretación viene cuestionada a esta instancia, permite afirmar que la ley militar atribuye la responsabilidad a título de autor al superior que dio la orden. Ello así, toda vez que la ley considera responsable a quien emite la orden, exclusivamente en los supuestos en que el inferior pueda ampararse en la eximente prevista en el art. 34, inc. 5º, del Código Penal y, juntamente con el subordinado, cuando éste no pueda esgrimir en su favor dicha causal de impunidad, por encontrarse en alguna de las hipótesis aludidas en el párrafo anterior.

Por lo demás, para el funcionamiento de la estructura militar resulta indispensable el mantenimiento de la disciplina y, por tanto, de la estricta obediencia por parte del subordinado de las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto del servicio, limitando la posibilidad de inspección del mandato recibido (art. 675, Cód. de Justicia Militar) y sancionando la falta de obediencia (arts. 667 y 674, Cód. de Justicia Militar). Ello justifica plenamente la atribución de responsabilidad a título de autor de quien da la orden, en aquellas hipótesis en que el ejecutor actúa amparado por la causal de obediencia debida. En consecuencia, dado que no puede haber delito sin autor, cabe afirmar, a contrario de lo que pretenden los apelantes; que la tantas veces citada norma del ordenamiento castrense no establece una ficción de responsabilidad referida sólo a los subordinados, sin contemplar un supuesto de autoría. Dado que quien da la orden no realiza por sí la acción típica de la cual se trate -cuestión no debatida en autos-, se está en presencia de uno de los supuestos de "autoría mediata", consistente en la utilización de un instrumento que obra sin responsabilidad penal.

15) Que, aun en el caso en que el ejecutor de un plan general sea plenamente responsable del delito cometido, el tribunal estima que la interpretación realizada en el punto por los jueces de grado permite una aplicación razonable de la norma federal "sub examine". Así se considera, pues aun en esta forma de realización de los hechos, los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos.

Ese es el motivo por el cual, a juicio de esta Corte, el art. 514 del Cód. de Justicia Militar conserva la responsabilidad de los superiores, aun en aquellos casos en los cuales ejecutores sean plenamente responsables.

16) Que el procesado Agosti se agravia en cuanto la sentencia del tribunal de grado lo condena por la comisión de tres ilícitos -casos 282, 284 y 286-, subsumidos en el tipo penal, contenido en el art. 164 del Cód. de fondo, toda vez que con respecto a tales hechos no fue interrogado en la oportunidad procesal correspondiente, lo cual obstó al ejercicio "de la garantía de defensa en juicio que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional.

Subsidiariamente, afirma que los jueces de la anterior instancia debieron declarar prescripta la acción penal en relación a esos delitos pues, conforme a la "teoría del paralelismo" seguida en el fallo, habría transcurrido el plazo máximo para que opere el mencionado impedimento a la persecución penal, según lo establecido en el inciso segundo del art. 62 del ordenamiento material.

17) Que a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, esta Corte ha declarado uniformemente que es indispensable que la cuestión federal presente en la causa, se haya invocado por vía de acción o de excepción como punto comprendido en la controversia, pues sólo de esa manera queda introducida en el juicio y puede ser materia de pronunciamiento (entre otros, Fallos: 151:48; 275:97; 276:68; 278:35; 296:124; 300:841 y 2091 entre muchos otros). En tal sentido, debe tenerse presente el criterio según el cual no son atendibles en la instancia extraordinaria los agravios derivados tan solo de la conducta discrecional del recurrente, demostrativa de su falta de interés en el punto (doctrina de Fallos: 248:664; 249:466; 267:64; 268:102 y 290:92, entre otros).

18) Que dicha doctrina resulta aplicable para excluir el examen de las dos cuestiones propuestas, atento que como lo reconoce el apelante en el remedio intentado, no fueron sometidas a decisión de los jueces de la causa. La atinente a la falta de intimación concreta por esos hechos, por simple omisión del recurrente; la segunda, en cambio, porque sería ésta, según estima, la primera oportunidad para plantearla, ya que el Ministerio Público formuló acusación en orden al delito de robo agravado, cuyo lapso para que opere la prescripción de la acción penal es mayor que el requerido en relación al tipo básico de la figura citada (fs. 30.120 vta.).

19) Que no obsta a lo expuesto, el argumento relativo a que en virtud de la calificación escogida por la Fiscalía de Cámara (v. fs. 290 de las actas mecanografiadas de la audiencia del art. 498 del Cód. de justicia Militar), es en esta instancia la primera oportunidad en que el recurrente puede plantear la prescripción de la acción penal. Ello así, ya que resulta siempre previsible que el sentenciante no otorgue a las conductas sometidas a su juzgamiento, igual calificación que el Ministerio Público y, como en el caso de autos, resuelva desechar la aplicación de la agravante y condenar solamente en orden al delito básico, lo que impide calificar a tal cuestión como sorpresiva (Fallos: 238:58; 239:103 y otros).

20) Que el Ministerio Público se agravia en cuanto el a quo declaró prescripta la acción penal en los delitos de privación de la libertad atribuidos al procesado Agosti, con fundamento en que había transcurrido el plazo de seis años -máximo de la pena prevista para el delito, conforme la calificación otorgada- entre mayo de 1978, fecha en la que el tribunal de grado estableció que el encausado perdió el dominio de la acción a raíz de haberse destruido el único centro clandestino de cautiverio dependiente de la Fuerza Aérea, y el día en que aquél fue llamado a prestar declaración indagatoria.

Sostiene que la sentencia apelada resulta arbitraria, pues han sido tratados de igual modo casos de personas que recuperaron su libertad y otros en los que aún hoy se ignora el paradero de las víctimas. En relación a estos últimos, agrega que, dado el carácter de permanente del ilícito en cuestión, es irrazonable establecer que su comisión haya cesado en alguna fecha precisa como entiende que lo hace el a quo, al fijarla arbitrariamente en el momento en que fue desmantelado el centro de detención denominado "Mansión Seré", concluyendo así, que el día a quo de la prescripción debió fijarse, necesariamente, en la fecha en que Agosti cesó en la comandancia de su Fuerza. Ello impediría la prescripción de la acción penal con respecto a todas las privaciones ilegítimas de la libertad atribuidas al encausado.

Finalmente, se agravia también en lo relativo al caso 486, ya que la prescripción decretada por el a quo, sobre la base de la entrega de la víctima a la Marina, resulta arbitraria en tanto desconoce, sin fundamento alguno, la complicidad en la permanencia del delito, materializada a través de la entrega.

21) Que el recurso no resulta procedente en el punto toda vez que remite a la consideración de cuestiones de hecho y prueba, que no han sido resueltas de una manera irrazonable en la sentencia impugnada.

En efecto, los jueces no afirmaron que la privación ilegítima de la libertad de quienes no reaparecieron aún, casos 117, 122 y 283, haya cesado en el momento en que se destruyó el centro "Mansión Seré". Aceptado que dicho lugar fue el único a cargo de la Fuerza Aérea y que fue desmantelado en mayo de 1978, la sentencia ha establecido que en esta fecha el procesado Agosti perdió el dominio de la acción con respecto a estos casos y que, en consecuencia, debe comenzar a contarse desde allí el plazo de prescripción de la acción penal. Esta aseveración no implica en modo alguno tener por culminada en esa fecha la privación ilegal de la libertad de esas víctimas.

Ello sentado, no cabe calificar de arbitrario al fallo, mediante la afirmación de que han sido tratados en forma similar casos que no tienen nada en común. De la compulsas de la causa,

surge que algunas de las víctimas del ilícito en cuestión recuperaron su libertad en fechas anteriores a la destrucción de la "Mansión Seré" (Jorge Brid, caso 118, liberado el 3 de noviembre de 1977; Canon Cinquemani, caso 120, liberado el 22 ó 23 de diciembre de 1977; Guillermo Fernández, caso 121, fugó el 24 de marzo de 1978; Carmen Floriani de Roldán, caso 282, liberada el 14 de junio de 1977; Jorge Cardozo, caso 284, liberado el 22 de diciembre de 1977; Miguel Ramella, caso 285, recuperó su libertad en la misma fecha que el anterior; Américo Abrigo, caso 286, liberado el 12 de abril de 1978). Ahora bien, la circunstancia de que el plazo de prescripción respecto de tales ilícitos, así como el de los sufridos por los todavía hoy desaparecidos -casos 117, 122 y 283-, comience a correr en la misma fecha, no deriva de otorgar idéntico trato a supuestos distintos, sino de la circunstancia de que en tal fecha el encausado, según lo estableció el tribunal a quo de un modo razonable y conforme a las constancias de la causa, perdió el dominio de la acción respecto de estos últimos que, a su vez, interrumpían el curso de la prescripción de los primeros.

22) Que en lo que respecta al caso de Pilar Calveiro de Campiglia -Nº 486-, la alegada falta de fundamentos no es tal pues la decisión a que se ha arribado es consecuencia del criterio seguido en lo atinente a la atribución de responsabilidad a cada encausado, sólo por los hechos cometidos por sus respectivos subalternos.

Ello así, y conforme lo resuelto en el considerando anterior, corresponde en este aspecto también declarar improcedente el recurso extraordinario intentado.

23) Que el procesado Viola afirma que la sentencia del a quo conculca la garantía constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio, en cuanto lo condena por las privaciones ilegales de la libertad de Mario O. Romero -caso 330- y G. R. Puerta -caso 533-, por tratarse de hechos con respecto a los que no medió acusación fiscal.

Que según surge de la contestación de agravios de la Fiscalía de Cámara, obrante a fs. 30.697, los representantes del Ministerio Público no formularon acusación en esos casos. En el primero de ellos, por simple omisión y, en el restante, debido a que, a la fecha en que el encausado asumió la comandancia de su fuerza, la detención de Guillermo R. Puerta se había legalizado.

Ello sentado, y conforme a la doctrina del tribunal según la cual la garantía de defensa en juicio comprende la oportunidad de toda persona sometida a proceso, de ser oída, de conocer los cargos que se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor (Fallos: 63:102; 100:408; 182:502; 185:242; 187:627; 191:85 y muchos otros), corresponde acoger favorablemente el agravio del apelante.

Sin embargo, la cantidad de hechos atribuidos al encartado sólo es relevante para determinar la escala penal, conforme las reglas del concurso real, previstas en el Código Penal. Ello así, una vez delimitado ese marco, la individualización de la pena a aplicar depende de las pautas que a tal fin establecen los arts. 40 y 41 de la ley de fondo, entre las que no se halla la cantidad de hechos ilícitos cometidos.

Ello sentado y de acuerdo a esas pautas, el tribunal entiende que la pena aplicada por el a quo resulta adecuada.

24) Que tanto la defensa del encartado Viola, como el Ministerio Público, por distintos argumentos, tachan de arbitraria a la sentencia en lo referente a la resolución recaída en los casos 454, Fernando M. Menéndez y 571, Mario J. Miani.

En el recurso de la defensa se expresa, en cuanto al primero de ellos, que es arbitrario condenar a Viola por la privación ilegal de la libertad de una persona con respecto a la cual y con base en las pruebas del expediente, no se puede afirmar que se encontrara con vida al ser retirada del automóvil en el que se había refugiado durante un enfrentamiento con fuerzas de seguridad. Sin perjuicio de ello, esgrime en su favor que, de acuerdo a los elementos de convicción obrantes en la causa, el enfrentamiento del que resultó víctima Menéndez fue sostenido con personal de la Marina; por lo tanto, de haber existido la privación de libertad, debió condenarse por ella al Comandante de la Armada y no al del Ejército.

Referido al caso Miani, la defensa afirma que, al no tener por probado los sentenciantes el cautiverio ininterrumpido del nombrado -entre la fecha de su aprehensión y el presunto enfrentamiento del que resultó víctima-, no es posible descartar que la privación de libertad

haya cesado en una fecha que permita tener por prescripta la acción penal, conforme el día en que su defendido prestara declaración indagatoria.

25) Que el Ministerio Público, por su parte, argumenta que en el caso 454 -Menéndez-, la Cámara tuvo por probada la privación ilegítima de libertad por un lapso de 8 días, pese al carácter letal de la herida que sufriera la víctima. Empero, prosigue, si el disparo se efectuó durante el enfrentamiento, debió excluirse el delito de privación de la libertad. Sin embargo, siendo que los jueces que suscriben la sentencia han tenido por acreditado el cautiverio de Menéndez, debieron necesariamente concluir que éste fue víctima de un homicidio alevoso, con posterioridad a su captura.

Por otra parte, y de manera coincidente en el punto con la defensa de Viola, agrega que conforme el criterio de atribubilidad adoptado por el a quo, sería el coprocesado Lambruschini el responsable de la privación ilegítima de la libertad de la que fuera víctima Fernando D. Menéndez.

En tal sentido, afirma que la sentencia resulta arbitraria, pues omite el tratamiento de una serie de pruebas obrantes en la causa, que acreditan la participación directa, en el hecho en cuestión, de personal perteneciente a la Armada Argentina.

Finalmente, y en cuanto al caso 571, que da cuenta del ilícito sufrido por Mario J. Miani, la fiscalía entiende que el fallo es autocontradictorio al condenar por el delito de privación ilegal de la libertad y absolver por el homicidio agravado. Sostiene que si se tuvo por demostrado que el enfrentamiento fatal no existió y que la muerte fue consecuencia del doloso accionar de quienes tenían cautivo a Miani, es arbitrario absolver a Viola por el homicidio agravado con base, tan solo, en la falta de prueba de la permanencia ininterrumpida de la víctima en algún lugar clandestino de detención, hasta la fecha de su muerte.

26) Que el recurso interpuesto por la defensa de Viola resulta improcedente, en lo que respecta al caso 571 (Miani), toda vez que no advierte el apelante que la comisión de otros delitos por los que fuera condenado el procesado interrumpe la prescripción que intenta esgrimir, a tenor de lo dispuesto por el art. 67 del ordenamiento penal de fondo.

27) Que igual suerte debe correr el recurso fiscal en lo que respecta al caso en análisis. Ello así en virtud de que, si bien en la sentencia se tuvo por acreditada la privación ilegal de la libertad de Mario J. Miani, no resulta autocontradictorio, como lo afirma el Ministerio Público, absolver al procesado por el delito de homicidio agravado que le fuera imputado.

En efecto, del fallo en examen surge que los jueces de grado entendieron que, si bien existían en la causa serios indicios acerca de que la muerte de Miani habría sido causada por sus captores, tal aserto sólo podía apoyarse en la presunción de la permanencia ininterrumpida de la víctima en cautiverio hasta el día de su muerte, inferencia que, a su vez, se asentaba exclusivamente en otros indicios y no en hechos reales y probados.

28) Que, sentado lo expuesto, y frente a una norma de la amplitud de la contenida en el art. 392 del Cód. de Justicia Militar, no son susceptibles de descalificación, por arbitrarias, las conclusiones fácticas en que se funda la sentencia apelada, porque determinar si los jueces de la causa han respetado el modo de apreciar la prueba previsto en el procedimiento aplicable, requeriría que se reemplace el criterio de ellos por el de esta Corte, llevando a cabo, precisamente, la sustitución que, en reiterados casos, una firme doctrina del tribunal ha declarado ajena al ejercicio de la jurisdicción extraordinaria (Fallos, t. 300, p. 191, entre otros).

29) Que, en cuanto a la tacha de arbitrariedad articulada, tanto por la defensa de Viola, como por el Ministerio Público, en lo referente a las circunstancias en que se produjo la muerte de Fernando M. Menéndez (caso 454), ambos recursos resultan improcedentes.

En efecto, no se encuentra discutido en autos que el nombrado tuvo un enfrentamiento con fuerzas armadas el día 7 de diciembre de 1978 y que, como consecuencia de ello recibió diversas heridas de bala. Tampoco lo está, que dichas Fuerzas lo retiraron del lugar; que días después entregaron su cuerpo sin vida a los padres, a través de un procedimiento irregular; que la muerte se debió a heridas de arma de fuego, recibidas en la cabeza de la víctima y, por último, que una de éstas fue producida desde una corta distancia.

Discrepan el a quo y los apelantes, en cambio, acerca de cuál fue el momento en que Menéndez recibió los disparos mortales y, de si su deceso se produjo en ocasión de ser habido por sus perseguidores, o mientras se encontraba cautivo de éstos.

Si bien los magistrados de la anterior instancia reconocen que las características de las heridas pueden indicar que fueron inferidas en un momento posterior al enfrentamiento, afirman, sin embargo, que tal indicio es ambiguo al no existir detalle de cuáles fueron las lesiones que sufriera Menéndez en el incidente, ni a qué distancia de él llegaron a estar sus captores (fs. 29.350 vta.).

A su vez, el a quo se hace cargo del carácter normalmente letal de ese tipo de herida, pero sostiene que no puede tenerse por cierto que el deceso no se hubiese producido con posterioridad, aunque no por una acción homicida ulterior. Computó, especialmente, la existencia de un hábeas corpus negativo y la irregularidad del procedimiento usado para entregar el cadáver, aunque todo ello, concluyó, debe ser valorado dentro del sistema de clandestinidad general normalmente utilizado.

Como consecuencia de tal análisis del confuso cuadro probatorio, la Cámara tuvo por acreditado que Menéndez recibió la herida mortal durante el enfrentamiento, sobre la base de la evidencia de que había recibido impactos de bala en esa ocasión, y la falta de pruebas, tanto acerca de la naturaleza de las lesiones que presentaba al momento de ser aprehendido, cuanto de la distancia que mediara entre él y sus captores.

Descartó así los indicios de que la acción homicida hubiera sido realizada con posterioridad, ya que si bien es normal que una lesión como la referida provoque la muerte en forma instantánea, entendió que no cabía desechar un lapso más o menos prolongado de supervivencia.

Del examen precedente resulta que el a quo no ha omitido ponderar prueba alguna de las incorporadas al caso, lo que en principio descarta la arbitrariedad predicada respecto de esta parte del pronunciamiento.

De tal manera, la discrepancia entre el criterio utilizado por el tribunal de grado y el que las partes estimen más adecuado para extraer conclusiones de esa misma prueba, no funda la procedencia del recurso extraordinario.

En tal sentido, debe recordarse que no cabe hablar de menoscabo a la garantía de defensa en juicio, cuando se ha cumplido durante el proceso con las normas que lo rigen, o no se ha tachado a éstas como contrarias a la Constitución Nacional (Fallos: 120:388), lo que impone considerar la cuestión de la arbitrariedad a la luz de la respectiva legislación procesal (Fallos: 300:191).

A mérito de todo lo expuesto, y conforme lo establecido en el considerando anterior, corresponde declarar improcedentes, en el punto, los remedios federales intentados.

30) Que también resultan improcedentes los agravios del Ministerio Público y de los asistentes de Viola, referidos a que la privación ilegal de la libertad de Fernando Diego Menéndez debió imputarse al coencausado Lambruschini y no al anteriormente nombrado.

En efecto, el punto en examen remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba, que no han sido resueltas por el a quo de un modo irrazonable, máxime teniendo en cuenta la amplitud que, en cuanto a la apreciación de la prueba, otorga el ordenamiento procesal aplicable en autos. Sentado lo cual y conforme lo establecido en el considerando 28) del presente decisorio, los agravios no deben prosperar.

31) Que el Ministerio Público se agravia en cuanto la Cámara omitió analizar las respuestas mendaces a requerimientos judiciales que, contenidas en documentos públicos o copias certificadas de éstos, configurarían el delito de falsedad ideológica que fuera motivo de acusación.

32) Que el art. 238, inc. 6º del Cód. de justicia Militar exige la exhibición al indagado, del instrumento con que fue cometido el delito. Según se desprende de las declaraciones indagatorias de los procesados, y sus respectivas ampliaciones (v. fs. 288/304, 346/354, 923/960, 974/993, 1102/1140, 1447, 1448/1459, 1498/1514, 1652/1659, 1671, 1686/1690,

1861/1866, 1903/1906, 1999, 2871, 2881, 2894, 2909, 2940, 2941, 2974, 3012 y 3030 de la causa), tal requisito no fue cumplido por el a quo.

En consecuencia corresponde declarar improcedente el recurso articulado en lo que se refiere a este agravio ya que, aun de asistir razón al recurrente en cuanto a la omisión en que incurriera la sentencia, la cuestión planteada carece de interés jurídico para él, en razón de que en nada modificaría la situación de los procesados (Fallos: 189:245).

33) Que a raíz de la denegatoria del recurso extraordinario que interpusiera la Fiscalía de Cámara, por considerar arbitrario al fallo recaído en autos en lo concerniente a la responsabilidad de la Junta Militar por la totalidad de los hechos de la causa, al análisis efectuado en cuanto al delito de encubrimiento y a la individualización de las penas impuestas a los coprocesados Agosti y Lambruschini, el Ministerio Público dedujo el presente recurso de hecho, que fuera mantenido por su representante ante esta Corte.

34) Que en lo referente a la primera de las cuestiones enunciadas, los representantes del Ministerio Público entienden que el a quo omitió el tratamiento de pruebas relevantes y, además, arribó a conclusiones arbitrarias con base en constancias de la causa. Estiman, en tal sentido, que dichas probanzas acreditan de un modo fehaciente que los integrantes de cada una de las ex Juntas Militares tomaron parte en la totalidad de los hechos cometidos durante el período en que desempeñaron la comandancia de su arma, sin necesidad de distinguir a qué Fuerza pertenecían los subordinados que, como autores directos, ejecutaron los hechos ilícitos.

Al respecto, afirman que en virtud de tal concurrencia a los acontecimientos, los sentenciantes debieron considerar coautores mediatos a los encausados. Añaden, en subsidio, que como consecuencia de la responsabilidad primaria ejercida por la fuerza ejército, su comandante resultaría autor de todos los hechos cometidos durante el ejercicio de ese cargo. Por último, advierten que, excluidas ambas hipótesis, igualmente el a quo debió analizar la posible complicidad de cada uno de los procesados en los delitos atribuidos a personal de las otras dos Fuerzas.

35) Que a criterio de este tribunal, lo decidido en el punto por los jueces de grado remite a la consideración de cuestiones de hecho y prueba, que no han sido resueltas de un modo arbitrario.

En efecto, según surge del fallo en examen, el a quo entendió que conforme se desprende de la prueba aportada al proceso, los integrantes de cada una de las ex Juntas Militares no codominaron los hechos. Tal afirmación se basa en la carencia de constancias acerca de la decisión conjunta, de la cual es consecuencia el común dominio de los acontecimientos, como elemento indispensable de toda hipótesis de coautoría.

Así, luego de efectuar un detenido análisis de las circunstancias en que, a criterio del Ministerio Público, se fundaba la planificación común de los hechos ilícitos cometidos, los sentenciantes estimaron que tales extremos resultaban insuficientes para acreditar el punto (v. fs. 28.493 y ss.).

36) Que, por otra parte, en la sentencia se consideró que no se hallaba probada la coejecución de los hechos, mediante un dominio funcional. Por el contrario, se sostuvo que los elementos probatorios obrantes en autos demuestran que cada uno de los encausados tomó a su cargo, de manera autónoma, la ejecución y control de lo realizado por sus respectivos subordinados, sin injerencia relevante de los otros coprocesados y, por tanto, sin intervención de la junta Militar, como ente ejecutor y controlador (fs. 28.495/28.496).

37) Que si bien los hechos que constituyeron materia de acusación configurarían, además de la autoría mediata establecida, una recíproca participación de cada uno de los integrantes de las ex juntas Militares en los delitos cometidos durante el período en que compartieron la comandancia de sus respectivas fuerzas, no resulta acertado sostener que la subsunción de tal complicidad en la autoría mediata, opere sólo respecto del procesado a quien se le atribuye el hecho, a título de autor.

Tampoco lo es, por lo tanto, que, descartada la autoría de los otros dos integrantes de la ex junta de que se trate, recobre vigencia aquella supuesta responsabilidad como cómplices.

Ello así pues, como se afirma en el decisorio apelado, las contribuciones allí reseñadas, especialmente la llamada garantía de impunidad que se procuraran recíprocamente los

integrantes de cada ex Junta Militar, "si bien configuran actos de complicidad, no modifican la autoría mediata", ya que media entre ambas formas de intervención en el delito una relación concursal sólo aparente, que se resuelve en favor de la forma más grave.

En efecto, los actos de complicidad con los propios subordinados trajeron aparejada, además, la contribución en los hechos ilícitos cometidos por los subalternos de sus pares en cada período, empero, no acreditados los extremos de la coautoría, la ilicitud de tales actos de participación se encuentra ínsita en la ilicitud de la autoría mediata de los hechos atribuidos a cada encausado.

Por similares razones, corresponde rechazar también el planteo esgrimido en forma subsidiaria por los apelantes, según el cual la sentencia en examen ha omitido considerar "la responsabilidad del comandante en jefe del Ejército como autor de todos los hechos cometidos por el personal a él subordinado a través de la cadena de mando, aun cuando perteneciera a las otras dos Fuerzas".

Por otra parte, cabe advertir que la cuestión no fue articulada ni debatida ante los jueces de la causa y que recién aparece planteada en el escrito de recurso extraordinario.

38) Que, sentado lo expuesto, las objeciones efectuadas por los recurrentes a la valoración de la prueba no exceden de un simple disenso con el criterio del a quo. Por lo demás, a la luz de la legislación que rigió el proceso, no son descalificables las conclusiones fácticas en que se funda la sentencia apelada pues, determinar si los jueces de la causa han respetado el modo de apreciar la prueba previsto en el procedimiento aplicable, requeriría el reemplazo del criterio de ellos por el de este tribunal (ver consid. 28).

39) Que en lo atinente a la alegada arbitrariedad en el tratamiento del delito de encubrimiento y en cuanto a la individualización de las penas impuestas por el a quo a los encausados Agosti y Lambruschini, no se advierte, a juicio del tribunal, que tales cuestiones hayan sido decididas de un modo irrazonable, motivo por el cual no se encuentra justificada su intervención en materias que, según el art. 14 de la ley 48, son ajenas a su competencia extraordinaria (en cuanto a la individualización de las penas, ver Fallos: 300:449).

40) Que en cuanto a la nulidad de la declaración indagatoria prestada ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, que se plantea en el recurso de hecho interpuesto por el encausado Massera, el tribunal advierte que carece de jurisdicción para pronunciarse sobre el punto, ya que, no obstante invocarse la doctrina de la gravedad institucional, la cuestión no fue introducida en el recurso extraordinario.

41) Que con el fin de sostener la procedencia del recurso, los procesados Videla, Massera y Lambruschini afirman que resulta aplicable a la presente causa la doctrina de la gravedad institucional elaborada por esta Corte. Sin embargo, las cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal, planteadas en las presentaciones directas de los recurrentes, no alcanzan a revestir el interés institucional que allí se les asigna.

42) Que, ello sentado, lo referente a la tacha de arbitrariedad del fallo en examen por haberse tenido por acreditada la emisión de órdenes ilegales, esgrimida por los encartados Videla y Lambruschini, así como la alegada en virtud del análisis de los causales de justificación, planteo realizado por los nombrados y por la defensa de Viola, remiten a cuestiones de hecho y prueba, privativas de los jueces de la causa, que cuentan en el fallo apelado con argumentos bastantes, no rebatidos por los recurrentes, que sólo se limitan a expresar su disenso con lo resuelto por el a quo.

Por idénticas razones, corresponde rechazar los agravios de arbitrariedad articulados por los encausados Massera y Viola, en lo que se refiere al tratamiento otorgado en la sentencia a los casos indicados en sus respectivos remedios federales. A igual conclusión corresponde arribar en lo que atañe a las cuestiones planteadas por la defensa de Lambruschini, respecto al rechazo de pruebas ofrecidas y a la afirmación de haberse tenido por acreditado el delito de tormentos, con la sola declaración de la presunta víctima.

Por lo demás, en cuanto a este género de cuestiones, cabe recordar aquí que no corresponde que el tribunal descalifique las conclusiones en que se funda el fallo apelado, en razón de la amplitud que, para la valoración de la prueba, concede a los jueces de la causa el ordenamiento castrense (ver consid. 28 y 38 de la presente).

43) Que, de igual modo, por remitir a la consideración de cuestiones no federales, resueltas de manera razonable por el a quo, corresponde desestimar los planteos efectuados por los coencausados Viola y Massera, en cuanto a la alegada prescripción de la acción penal que, según sostienen, se habría operado respecto de algunos de los delitos de privación ilegal de la libertad y robo, por los que resultaron condenados.

Asimismo, el agravio referido a la interpretación del tipo penal del delito de privación ilegal de la libertad, que fuera esgrimido por el encausado Lambruschini, debe correr igual suerte toda vez que se refiere a una cuestión de derecho común irrevisable en esta instancia de excepción.

44) Que en lo que respecta al agravio sustentado por los procesados Massera y Viola, con base en la supuesta invalidez del dec. 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, los recurrentes no rebaten las razones expuestas en la sentencia, ni demuestran la relación directa e inmediata que la cuestión guarda con las garantías constitucionales que entienden conculcadas (art. 15, de la ley 48).

45) Que el agravio de la defensa de Viola referido a la supuesta nulidad de la sentencia por prejuzgamiento, parcialidad y arbitrariedad, al establecerse el cuántum de la pena -según afirma- con anterioridad a la determinación de los hechos atribuidos a los procesados, carece de la fundamentación requerida para su tratamiento en esta instancia extraordinaria.

46) Que las cuestiones atinentes a la nulidad de la declaración indagatoria por defectuosa intimación de los hechos, alegada por el encartado Viola, y la que se refiere a la invalidez de la acusación, planteo este último esgrimido por el nombrado y por el coprocesado Lambruschini, resultan improcedentes, ya que sólo expresan su disconformidad con lo resuelto en temas privativos de los jueces de grado, respecto de los cuales la sentencia cuenta con fundamentos que no han sido mínimamente rebatidos. Además los recurrentes no exponen el agravio concreto que las supuestas imperfecciones a que aluden puedan haberles ocasionado.

De igual modo, corresponde desestimar los agravios de arbitrariedad referidos al rechazo de las cuestiones de hecho propuestas por las defensas y a la forma en que fueron votadas tales cuestiones por el a quo, planteos de los coencausados Viola y Lambruschini, toda vez que, además de remitir a la consideración de puntos excluidos del ámbito delimitado por el art. 14 de la ley 48, la impugnación carece de sentido por falta de gravamen. Ello es así pues, como bien se señala en el auto denegatorio, las cuestiones de hecho previstas en el ordenamiento procesal aplicable se vinculan con la actuación de jueces legos; motivo por el cual se podría haber omitido, sin agravio alguno, el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 379 del Cód. de Justicia Militar.

47) Qué los procesados Agosti, Viola y Lambruschini impugnan lo resuelto oportunamente por el a quo, en relación a la prueba testimonial. Ello ocurre con el agravio referido a la admisibilidad como prueba de cargo y sin control de las partes, de testimonios vertidos en otros expedientes -Agosti- y de declaraciones prestadas mediante exhorto diplomático -Agosti y Lambruschini-; con el agravio relacionado a la limitación injustificada de la facultad de repreguntar en la audiencia de prueba -Viola y Lambruschini- y, finalmente, con la alegada inhabilidad para declarar de algunos testigos, cuestionamiento efectuado por la defensa de Armando Lambruschini.

48) Que el tribunal entiende que los agravios reseñados en el considerando anterior no deben prosperar. Tal decisión se fundamenta en que, en primer término, no se demuestra la relación directa que guardan con las garantías que se dicen vulneradas, en cuestiones de derecho procesal que, aun encontrándose en leyes federales, son ajenas al recurso extraordinario (sentencia del 17 de octubre de 1985, recaída "in re", G.524.XIX, "Graso, Raineri Novati, S. R. L. c. Banco Hipotecario Nacional" y sus citas, entre otros).

Además, en lo atinente a los testimonios vertidos en otros expedientes y a los prestados vía exhorto diplomático, cabe advertir que el a quo valoró otras probanzas agregadas a la causa para tener por acreditados los hechos, lo que demuestra la carencia de interés jurídico de los recurrentes en la cuestión planteada.

49) Que el agravio de inconstitucionalidad de la ley 23.049, traído por los coprocesados Viola y Lambruschini, y que se basa en la supuesta violación de la garantía constitucional del juez natural, comporta la formulación de una cuestión precluida, pues ella ya ha sido resuelta por esta Corte en la sentencia obrante a fs. 2219/2237 de la causa.

Otro tanto ocurre con el planteo efectuado por el encausado Lambruschini, en cuanto a la inobservancia de normas federales en el modo de integración del tribunal a quo, la cual también ha sido resuelta por esta Corte, con fecha 27 de diciembre de 1984, en la causa L.177.XX.

50) Que a idéntica decisión corresponde arribar con respecto al desconocimiento de la garantía de defensa en juicio, por la adopción de las reglas del procedimiento sumario, esgrimido por los coencartados Viola y Lambruschini. Ello es así, pues replantean, sin expresar los perjuicios concretos que dicha resolución les ocasionó, ni rebatir los argumentos de fallo recurrido y lo decidido por el tribunal en Fallos: 306:655; V.110.XX., F.296.XX. y L.2.XX., en relación a la legalidad del procedimiento escogido.

Por las mismas razones, corresponde desestimar el agravio de la defensa de Lambruschini en lo referente a la violación de la defensa en juicio por el ejercicio de facultades reglamentarias por parte del a quo, pues tal artículo fue expresamente decidido por esta Corte, en fecha 27 de diciembre de 1984, "in re", V.110.XX.

51) Que los agravios de que dan cuenta la presentación directa de Graciela Castagnola de Fernández Meijide, Enrique Fernández Meijide y Enrique Israel, referidos al incumplimiento de la obligación de juzgar todos los casos conexos a esta causa, a la arbitraria absolución de los casos cuya prueba fue desistida por el Ministerio Público, a la omisión del debido análisis de las directivas de las Fuerzas Armadas, a la admisión de la existencia de una guerra y a la omisión, en que habría incurrido el a quo, de condenar por falta de requisitoria fiscal, a los comandantes que sucedieron en el cargo a aquellos que fueron sancionados por el delito de privación ilegal de la libertad, resultan improcedentes.

Ello es así, porque, respecto de estas cuestiones, los recurrentes carecen de la calidad de "persona particularmente ofendida por el delito" (art. 100 bis, Cód. de Justicia Militar, agregado por la ley 23.049) y, en consecuencia, no tienen el interés personal que una pacífica doctrina del tribunal exige para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 132:101; 149:137; 184:361; 187:444 y muchos otros).

En lo que respecta a la denegación de medidas probatorias, la falta de referencia a la manera en que se podría haber modificado el fallo impugnado, en el supuesto de haber sido admitidas, torna también inadmisibles el recurso en el punto.

Asimismo, el agravio referente a la supuesta responsabilidad de todos los enjuiciados por la privación ilegal de la libertad de los hijos de los apelantes, basada en el carácter permanente del delito en cuestión, remite a temas de hecho y prueba, en los que la sentencia cuenta con argumentos bastantes, que no son eficazmente rebatidos.

En lo que se relaciona a las impugnaciones sobre el criterio con que el a quo computó los plazos de prescripción de la acción penal, que es tachado de arbitrario, cabe remitirse a lo expuesto en el consid. 21) de la presente, donde se descartó similar cuestión, planteada por el Ministerio Público.

De igual manera, los reparos en cuanto a la responsabilidad de algunos procesados por el delito de encubrimiento, ya fue resuelto en el considerando 39) de este decisorio, por lo que cabe allí remitirse.

52) Que la denegatoria del recurso extraordinario por falta de los requisitos previstos en el art. 100 bis del Cód. castrense, originó la presentación directa de María T. Piñero de Georgiadis, Ana M. Pérez de Smith, Jorge A. Taiana, Bella Epsztein de Friszman y Alberto Acosta, invocando su calidad de particulares damnificados por los hechos que constituyen el objeto de este proceso.

El tribunal entiende que en dicho recurso de queja no se rebaten los argumentos vertidos por el a quo en el auto denegatorio.

Sólo cabe agregar que la cita del precedente de fecha 22 de agosto de 1985 ("in re", F.296.XX.), con el propósito de fundar la legitimación de los recurrentes, resulta desacertada. Ello es así, porque en dicho pronunciamiento el Tribunal estableció que los particulares damnificados podrían recurrir ante esta Corte por la vía del art. 6º de la ley 4055, "de mediar razón para ello". Esta condición, desde luego, implica, entre otras cosas, que dichas personas

estén en condiciones de invocar derechos que personal y directamente les hubieran sido afectados. De lo contrario -y ello es lo que acontece con los apelantes- carecerían del interés personal, que es requisito ineludible para la interposición del remedio federal (ver consid. anterior).

Por lo expuesto, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto ha podido ser materia de recurso, con excepción de lo dispuesto en el consid. 23), con base en el cual se absuelve al procesado Roberto E. Viola de los delitos de privación ilegal de la libertad en perjuicio de Mario O. Romero -caso 330- y Guillermo R. Puerta -caso 533- sin modificar, empero, la pena que le fuera impuesta por el a quo (art. 16, 2ª parte, ley 48) Notifíquese y devuélvase a la Càmara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI – JORGE ANTONIO BACQUE –.