

10) Que, sentado ello, resta determinar cuál es la jurisdicción que satisface en el caso, en mayor medida, las exigencias planteadas por la economía procesal, la mejor administración de justicia y la defensa de los imputados. Al respecto debe tenerse en cuenta que la conexión de los hechos se funda en su vinculación con una única fuente de comando, la elección de la sede de éste es la que también satisface en mejor medida la buena administración de justicia, o, en otras palabras, la que mejor conviene a la dilucidación de la causa (artículo 115 del Código de Justicia Militar).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara que corresponde el conocimiento de las causas que se mencionan en el consid. 1º a la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, a la cual serán remitidas. Hágase saber a la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR
BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO
BACQUÉ.

RAMON JUAN ALBERTO CAMPS Y OTROS

QUERELLANTE.

En las causas seguidas en virtud del art. 10 de la ley 23.049, los particulares damnificados se encuentran sometidos a las normas de procedimiento que establece el Código de Justicia Militar, por lo que no pueden solicitar a los jueces más de lo que hubieran podido requerir al tribunal castrense, esto es, conforme a los arts. 100 bis y 146 de ese cuerpo legal, indicar medidas de prueba, solicitar que se les notifique la sentencia o la radicación de la causa en la Cámara Federal, y en la medida en que cumplieran con este último requerimiento, interponer el recurso previsto por el art. 445 bis ante la Cámara Federal; asimismo podrían pedir que se les notificase de la sentencia a dictarse, lo que

importaría su legitimación para recurrir ante ella por la vía del art. 6º de la ley 4055, de mediar razón para ello (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

QUERELLANTE.

La ausencia de la persona particularmente ofendida por el delito no impide ni limita el poder de acción —que en el ordenamiento castrense está a cargo del fiscal— habida cuenta de que la intervención de aquélla no está equiparada a la del querellante —prevista en el Código de Procedimientos en Materia Penal— sino que, en cambio, es restringida y condicionada, y sólo la faculta para poder interponer el remedio federal en tanto y cuanto esté en condiciones de invocar derechos que personal y directamente le hubieran sido afectados (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Interés para impugnar la constitucionalidad.

Carecen de legitimación para solicitar la inconstitucionalidad de la ley 23.521, por falta de interés personal, legítimo, específico y no genérico requerido, quienes no son los destinatarios de la supuesta discriminación, ni invocan la representación de terceros que pudieran serlo, ni es posible inferir que para ellos exista agravio en el caso concreto (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

PODER JUDICIAL.

La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. Esto es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de lograr la coordinación necesaria entre los distintos intereses, de modo que prevalezca el de la comunidad toda (Voto de los Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).

PODER JUDICIAL.

No incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado, sino que, antes bien, es misión de los jueces, en cumplimiento de su ministerio, como órgano de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de aquéllos (Voto de los Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).

PENA.

La ley 23.521 ha establecido una causa objetiva de exclusión de pena que funciona como excusa absoluta y aparta toda consideración sobre la culpabilidad de la gente en la comisión de los delitos atribuidos que continúan siendo tales. Esa potestad proviene del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional en relación con el inc. 28, en cuanto faculta al Congreso de la Nación para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes a fin de poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales. Varias.

La ley 23.521 no sustrae indebidamente de los jueces causas cuyo conocimiento les incumbe, ni tampoco desconoce sus decisiones o las altera (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

PODER LEGISLATIVO.

Las facultades del Congreso Nacional provenientes del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, en relación con el inc. 28, tienen la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley 23.521 persigue, cual es dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluya la punición o impida la imputación delictiva de quienes, a la fecha de la comisión de los hechos, tuvieron los grados que señala y cumplieron las funciones que allí se describen (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

Lo dispuesto en la ley 23.521 no resulta irrazonable, ya que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni implique un propósito de hostilidad o indebido privilegio (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

La garantía de la igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, mientras las distinciones que se puedan establecer no tra-

duzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a la Corte la mayor mesura al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades, cuanto en el respeto que la Ley Fundamental, asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales. Varias.

Se debe declarar constitucional la Ley 23.521, habida cuenta de que la evaluación de la convención o eficacia de los medios arbitrados por el legislador para lograr los fines por él propuestos, es materia ajena al Poder Judicial, que juzga solamente la razonabilidad de dichos medios, esto es, si son proporcionados a los fines, y si media o no restricción constitucional a los derechos individuales (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CULPA.

La condición objetiva de no punibilidad prevista en el art. 1º de la ley 23.521 ampara, sin admitir prueba en contrario, a quienes fueron condenados como autores de los delitos a los que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.049 y actuaron como personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires sometido al control operacional de las Fuerzas Armadas, atento al grado en que revistaban y las funciones que cumplían al tiempo de los acontecimientos investigados: oficial principal médico y cabo primero (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Las garantías constitucionales instituidas en resguardo de la libertad, no son renunciables (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CULPA.

Cabe incluir en la condición objetiva de no punibilidad establecida, *juris et de jure*, en el art. 1º, segundo párrafo, de la Ley 23.521 al comisario general de la policía de la Provincia de Buenos Aires a quien se le reprocha haber transmitido las órdenes a personal bajo su dependencia en su calidad de Director General de Investigaciones, si no pasó de ser un mero ejecutor de órdenes que se impartían desde las más altas esferas del poder militar, sin que estuviera a su alcance decisión de fondo alguna para impedir las (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

PARTICIPACION CRIMINAL.

El art. 45 del Código Penal coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, denominando cómplices a los que realizan cualquier otra acción previa o concomitante, fuera del marco de la ejecución (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

Resulta inadmisibles el agravio atinente a la violación del derecho de la defensa en juicio por falta de una doble instancia, pues si bien ésta no puede suprimirse arbitrariamente cuando el legislador la ha establecido, en la especie es la propia ley 23.049 que otorga facultades de avocación a las cámaras federales (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio y disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.

Es inadmisibles la tacha de arbitrariedad de la sentencia por haber dado por acreditada la existencia de órdenes ilegales retransmitidas por los procesados a sus subordinados, en tanto 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 fundarlo (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

PRUEBA: Apreciación.

En materia de selección y valoración de las pruebas, los jueces no están obligados a tratar una por una todas las producidas, sino que basta

con que mencionen aquéllas que a su juicio sean decisivas para fundar la solución que adopten (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.*

Es descalificable con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, el fallo que incurre en afirmaciones que contrarían las constancias de la causa vulnerando el derecho de defensa (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.*

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que sobre la base de testimonios de la víctima, concluyó que fue sometido a tormentos, considerando la prueba fragmentariamente y prescindiendo de la visión de conjunto y de la necesaria correlación de los dichos de otros testigos, pues no es derivación razonada del derecho con aplicación a las constancias del proceso (Voto de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

PODER JUDICIAL.

La diferencia entre las funciones que incumben a los jueces y las que corresponden a los Poderes Legislativo y Ejecutivo impone a los primeros mantenerse en la esfera que les es propia, sin invadir la de los otros poderes (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

PODER JUDICIAL.

La Constitución Nacional en su art. 67, inc. 28, otorga al Congreso Nacional la facultad de dictar todas las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes que la misma Constitución establece. Esto supone confiar al legislador el asegurar la supervivencia misma del Estado. a este fin tiende la ley 23.521 (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

AMNISTIA.

La facultad de conceder amnistías generales, establecida en el art. 67, inc. 17, *in fine*, de la Constitución Nacional ha sido condicionada por el constituyente por el sólo límite de la generalidad, el que debe considerarse

satisfecho en tanto las normas fundadas en ella se extiendan a todos los individuos que se hallan en idéntica situación. Ese requisito es cumplido por el art. 1º de la ley 23.521, pues ella alcanza a todos los que han poseído los grados que señala o cumplido las funciones que allí se describen (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

El legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni implique un propósito de hostilidad o indebido privilegio (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

PODER JUDICIAL.

No es admisible el argumento de que la ley 23.521 sustrae indebidamente de los jueces, causas cuyo conocimiento les incumbe, ni que desconoce sus decisiones o que las altere (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Principios generales.

Amplias son las potestades del legislador en cuanto a introducir cambios en las leyes, ya que la modificación de éstas no da lugar a cuestión constitucional alguna, ni existen derechos adquiridos a la inalterabilidad de las normas (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONGRESO NACIONAL.

El Congreso Nacional puede válidamente, como lo hace el art. 1º de la ley 23.521, establecer que determinados hechos no serán punibles, puesto que es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio.

La ley 23.521 no afecta el principio de inocencia que se deriva del art. 18 de la Constitución Nacional ni la preservación del honor de los individuos. Lo primero porque la declaración de inocencia sólo tiene sentido a nivel judicial, como contracara del ejercicio de una pretensión punitiva, la que aquí ha fenecido por decisión legislativa, lo que priva a aquélla de su razón de ser. Lo segundo porque el honor sólo cabe que sea preservado judicialmente cuando están en decisión ante los jueces

puntos que lo afectan. Cuando la cuestión resulta detraída del conocimiento de ellos, no les incumbe emitir juicio alguno al respecto (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

No cabe sostener que la abolición de la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes, que contiene el art. 18 de la Constitución Nacional, impida al legislador establecer normas como la ley 23.521, que se refiere a la punibilidad de hechos pasados y de ninguna manera los admite ni les priva de reproche (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

Nuestra Constitución fue definida como un legado de sacrificios y de glorias que no puede decirse que hayan concluido con la sanción de la Ley Fundamental (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época por desgarrante que ella haya sido. Esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata. Sólo así puede asegurarse que ella siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

Otros valores podrán preferirse, otras soluciones proponerse, pero mientras la Constitución Nacional nos rija será el legislador el que decida de la conveniencia de los remedios que se adopten en tales materias, por lo que, no parece fundado que en el caso deba el Poder Judicial enervar el ejercicio que aquél ha hecho de tan pesado deber (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

PRUEBA: Apreciación.

Los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas agregadas, sino sólo aquellas que estimen concer-

nientes para fundar sus conclusiones (Voto del Dr. Carlos S. Fayt y disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Principios generales.

La tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de omisiones y desaciertos de gravedad extrema a consecuencia de los cuales, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales (Voto del Dr. Carlos S. Fayt y disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Del art. 514 del Código de Justicia Militar surgen las exigencias de que los delitos a que él se refiere deben producirse por la ejecución de una orden de servicio, la que debió ser dada por un superior, esto significa que quien las ejecutó, para ampararse en la cláusula legal citada debió discernir que estos dos requisitos —existencia de orden de servicio, origen de ella en un superior— se hayan efectivamente cumplido (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CULPA.

La obediencia jerárquica es una característica de la vida social, pero en atención a la naturaleza moral del ser humano, no significa la total pasividad del inferior (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

ERROR.

El error puede ser origen admisible de la “obediencia debida”, pero no hasta extremos que supongan la atrofia del juicio de conocimiento (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

ABUSO DE AUTORIDAD.

Como principio, dentro de la jerarquía administrativa civil, el agente no debe obediencia a una orden ilícita pues el art. 248 del Código Penal sanciona expresamente al inferior que las cumpliere, quien no podrá así ampararse en la causal establecida por el art. 34, inc. 5º, del código citado (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

FUERZAS ARMADAS.

En la estructura jerárquica militar la obediencia del subordinado deriva de lo dispuesto en el art. 7º, de la ley 19.101, que determina como deber esencial impuesto por el estado militar el ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que a cada grado corresponda y en el art. 12 que regula la jerarquía militar en razón del cargo, grado y antigüedad, como así también en el inc. 2º del art. 1º de la Reglamentación de Justicia Militar que prescribe que la superioridad de mando establece el respeto y la obediencia del subordinado (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

FUERZAS ARMADAS.

Para el funcionamiento de la estructura militar, resulta indispensable el mantenimiento de la disciplina y por tanto la estricta obediencia por parte del subordinado a las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto de servicio. A este fin se limita la posibilidad de inspección del mandato recibido y se sanciona la falta de obediencia (Voto del Dr. Carlos S. Fayt y disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

FUERZAS ARMADAS.

El art. 667 del Código de Justicia Militar castiga al militar que hiciera resistencia ostensible o rehusare expresamente obediencia a una orden del servicio impartida por un superior; el art. 674 del Código citado también lo hace respecto a quien deja de cumplir sin causa justificada una orden de servicio. El art. 675 del cuerpo legal citado prescribe que ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden de servicio militar. Todas estas normas buscan asegurar el cumplimiento de las órdenes de servicio al margen de la cuestión de discernimiento de su carácter lícito o ilícito por el subordinado (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

DELITOS COMUNES.

Las acciones típicas que pudieran configurar órdenes o directivas ilícitas impartidas con motivo del ejercicio regular del mando, caen en la categoría de delitos comunes cometidos en actos del servicio, pues esas acciones aunque pudieran constituir un hecho ilícito, se vinculaban con el ejercicio de mando en relación a una actividad reglamentariamente atribuida a las fuerzas armadas, como era la de combatir militarmente al terrorismo (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CULPA.

No debe entenderse que la obediencia debida sea ciega, conclusión que resulta insostenible a la luz de la naturaleza de los sujetos participantes en la relación de subordinación, que por ser seres humanos disponea de un margen irreductible de libertad (Voto del Dr. Carlos S. Fayt)

FUERZAS ARMADAS.

La obediencia debida a las órdenes está condicionada a que sean dadas en un acto de servicio, entendiéndose éste de acuerdo a lo prescripto en el art. 878 del Código de Justicia Militar, que exige que se vinculen a las funciones específicas que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: *Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.*

No ha existido violación del derecho de defensa en juicio por falta de una doble instancia, pues ésta no sólo no es exigencia constitucional, sino que la ley 23.049 faculta a la Cámara a asumir el conocimiento directo de la causa, en cualquier estado que ésta se encuentre, cuando se haya producido la demora injustificada o negligencia en su tramitación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

AVOCACION.

La cámara federal, al actuar en instancia ordinaria en sustitución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas procede como jurado en la apreciación de la prueba de los hechos y valora las probanzas por medio de la sana crítica razonada (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.*

No configura arbitrariedad la circunstancia de que el tribunal apelado haya dado preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CORTE SUPREMA.

La misión de la Corte Suprema consiste en el servicio a la conciencia jurídica del pueblo, la que cumple al hacer explícitos los valores de la tradición humanista bajo los cuales se ha constituido como Nación (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

La obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

FUERZAS ARMADAS.

Como la función de la Corte Suprema es aplicar la Constitución, la hermenéutica que realice de las normas sobre obediencia militar no podrá ser ajena ni a los principios republicanos y democráticos, ni a la tradición jurídica milenaria que también en esta materia postula, ante todo, el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable, y por ello le exige que así se comporte, no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

FUERZAS ARMADAS.

Cabe a la Corte adoptar una interpretación de la obediencia militar que se adecue a los compromisos internacionales contraídos por el Estado Argentino (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

TRATADOS.

Si bien la Convención contra las torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y firmada por el Gobierno Argentino el 4 de febrero de 1985 no parece formar, todavía, directamente parte de nuestro derecho interno, pues de las veinte ratificaciones requeribles por su art. 27, se han producido diecinueve, tiene plenos efectos en cuanto a la creación de responsabilidad internacional para el Estado Argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969 (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS POLITICOS.

La distinción entre delitos políticos y delitos comunes conexos, está mantenida en la jurisprudencia de la Corte Suprema con la idea de excluir de la impunidad acciones de barbarie o vandalismo (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS POLITICOS.

Desde un simple examen gramatical del art. 514 del Código de Justicia Militar, se desprende, sin lugar a dudas, que así como la irresponsabilidad del ejecutor no cubre en ningún caso la responsabilidad de quien emitió la orden, la responsabilidad de éste, no excluye, en todos los supuestos, el reproche de aquél (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Un detenido análisis del art. 514 del Código de Justicia Militar permite afirmar que la ley militar atribuye responsabilidad a título de autor, al superior que dio 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, conjuntamente con el subordinado, cuando éste no pueda esgrimir en su favor dicha causal de impunidad (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

FUERZAS ARMADAS.

Las condiciones que la disciplina militar impone, si bien inciden en la modalidad con que debe prestarse obediencia, y aquí reside la diferencia con otros ámbitos, por ejemplo el administrativo, en nada influyen respecto del carácter y límites de la obediencia en sí (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

De la circunstancia de que en el ámbito militar el poder de revisión del subordinado respecto de los mandatos que reciba se encuentra especialmente limitado, no se deriva la consecuencia de que cualquiera sea el contenido de la orden, el inferior quedará exento de responsabilidad por su cumplimiento (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

FUERZAS ARMADAS.

Cuando se trata de un mandato manifiestamente ilícito, el inferior que lo recibe no necesita gozar de poder de revisión alguno, toda vez que, al ser evidente su ilegitimidad, no hará falta que ejerza ningún examen para advertirla (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CULPA.

La causal de impunidad recibida en el art. 514 del Código de Justicia Militar funcionará siempre dentro de los límites que ese mismo ordenamiento legal impone (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Cuando la orden sea de un contenido ilícito no manifiesto, en tanto el subordinado la reciba de su superior en ejercicio de sus funciones —acto de servicio— y a su vez determine el cumplimiento de un acto que también para el inferior se enmarque en el ejercicio de su función, la eximente del art. 514 del Código de Justicia Militar tendrá entonces operatividad (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CULPA.

Cuando se está frente a un mandato cuyo contenido contradice de un modo evidente los principios y convicciones de la conciencia jurídica general, el subordinado que cumpla tal orden habrá excedido el ámbito en que la eximente de la obediencia debida funciona haciendo responsable sólo al superior que hubiera emitido la orden, y por lo tanto el inferior será, junto con aquél, merecedor de reproche penal por el hecho cometido (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CULPA.

Cuando se está en presencia de delitos de aplicación de tormentos, la gravedad y manifiesta ilegalidad de tales hechos determinan que resulte absolutamente incompatible con los más elementales principios ético-jurídicos sostener que en virtud de la obediencia debida se excluya la antijuridicidad de la conducta, o bien el reproche penal por el ilícito cometido (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Sólo una interpretación irrazonable y meramente gramatical del art. 514 del Código de Justicia Militar puede conducir a afirmar que conforme a esa norma el inferior será responsable únicamente cuando además de dar cumplimiento al mandato ilícito, se “exceda”, esto es, lleve a cabo

otro delito no comprendido en el marco de la orden; tal sentido del término "exceso" sólo podría sostenerse si se acepta que la norma en cuestión consagra la responsabilidad objetiva de quien emitió la orden, quebrantando el principio de culpabilidad que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Si el ilícito no ordenado se encontrara alcanzado por el dolo eventual de quien emitió el mandato, entonces ya no sería posible hablar de "exceso" (art. 514 del Código de Justicia Militar) por parte del ejecutor, de otro modo se llegaría al absurdo de afirmar que la expresión "exceso" está empleada para referirse a un dolo directo del ejecutor alcanzado por el dolo eventual del superior (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

El giro "... se hubiere excedido en el cumplimiento...", utilizado en el art. 514 del Código de Justicia Militar, sólo puede referirse a un exceso respecto de los límites de la eximente de la obediencia debida (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Una interpretación literal del art. 514 del Código de Justicia Militar, o una interpretación que pretendiera que históricamente la intención del legislador fue la de consagrar la obediencia ciega, haría incompatible a dicha norma con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías establecidos en nuestra Carta Magna (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

LEY: Interpretación y aplicación.

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. Esta indagación no debe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonada y sistemática así lo requiere (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

La no suspensión del cumplimiento del mandato que dispone el art. 375 del Código de Justicia Militar, se refiere a aquellos supuestos en los

cuales el subordinado tenga dudas acerca de la ilegitimidad del contenido de la orden. En tal hipótesis, el inferior no está dispensado de obedecer, y si por la ejecución de la orden se cometiere un delito, el único responsable será el superior, pues la conducta del subordinado quedará amparada por la eximente de obediencia debida (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Ante una orden de contenido ilícito evidente, el inferior deberá, para no ser responsable conjuntamente con el superior por el ilícito cometido, desobedecer el mandato. En tal supuesto, si bien la conducta del inferior incurrirá en el tipo penal contenido en el art. 674 del Código de Justicia Militar, la expresión "sin causa justificada", que la citada norma contiene, al hacer referencia a un especial elemento de la antijuridicidad, determina que frente a una orden manifiestamente ilícita, la acción típica quedará justificada (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

INSUBORDINACION.

Resulta indudable que entre la mera desobediencia y la desobediencia calificada (insubordinación) existe una relación de especialidad, en la que la realización del tipo especial —insubordinación— no es sino una forma específica de realización del tipo básico —desobediencia—. Por ello, el elemento especial de la antijuridicidad contemplado en el tipo básico, obviamente es aplicable en el caso de la agravante, pese a no encontrarse expresamente mencionado, pues su aplicación surge de los criterios generales (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

En virtud de que un mandato de manifiesta ilegitimidad no genera el deber de obedecer, el inferior que reciba una orden de tales características debe, en primer lugar, desobedecer el mandato, y, como cualquier otro funcionario público, deberá además denunciar el hecho para no incurrir en encubrimiento. No se trata de la obligación de denunciar los propios actos, lo que de ningún modo podría exigir la ley, dado que, de ser así, quebrantaría el principio constitucional según el cual, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo: art. 18 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DENUNCIA.

Es evidente que el giro "... el superior de quien dependan..." utilizado en el art. 187 del Código de Justicia Militar, no indica que el subordinado debe radicar la denuncia ante el emisor de la orden ilícita, sino ante el superior jerárquico del cual dependan tanto aquél que emite el mandato como el subordinado que lo recibe (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

La atenuante de pena establecida en el art. 516 del Código de Justicia Militar encuentra su fundamento en que el abuso del superior motiva la reacción del subordinado, que, en virtud de esa provocación insuficiente, posee un menor contenido de injusto que da lugar a la atenuante, sin que exista relación alguna entre esa sanción y la supuesta emisión de una orden ilegal (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

LEY PENAL MAS BENIGNA.

Resulta erróneo afirmar que el art. 514 del Código de Justicia Militar es una norma de carácter más benigno que el art. 11 de la ley 23.049 (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DELITOS MILITARES.

Conforme al art. 514 del Código de Justicia Militar, la eximente de obediencia debida no alcanza los mandatos de ilicitud manifiesta, de los cuales los hechos atroces o aberrantes son sólo una especie (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

LEY PENAL MAS BENIGNA.

Según el art. 514 del Código de Justicia Militar, sólo cuando el inferior haya obrado en virtud de una orden su conducta podrá quedar amparada por obediencia jerárquica, en tanto que en el art. 11 de la ley 23.049, además de hacerse referencia a órdenes se alude a directivas, que es un concepto mucho más amplio que aquél. En tal sentido, pues, la ley 23.049 es una norma de carácter más benigno que el art. 514 del Código de Justicia Militar (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DELITOS MILITARES.

No es dable sostener que mediante la ley 23.521 se ha efectuado una interpretación de la ley vigente al momento de comisión de los hechos, por el contrario, cabe afirmar que el legislador, conforme surge del texto de la ley en cuestión, ha determinado las circunstancias en que, según su apreciación, se desarrollaron las acciones de las personas que revisaban en los grados a que se alude en el art. 1º, primer párrafo. Sólo así ha podido establecer, de manera irrefutable, que existió coerción e imposibilidad de revisión de las órdenes: art. 1º, primer y tercer párrafo (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: *Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales. Varias.*

Un examen ceñido a las palabras de la ley 23.521 la haría incompatible con nuestra Carta Magna que, al adoptar en su art. 1º el sistema republicano de gobierno determina, como principio fundamental, la división y separación de funciones entre los tres poderes del Estado (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PODER JUDICIAL.

La función del Poder Judicial es la de determinar si los hechos, ocurridos en el pasado, que sean sometidos a su juzgamiento, encuentran subsunción o no en las normas que puedan entrar en consideración en cada caso concreto. Para cumplir esta labor los jueces deben interpretar la ley y los hechos, así como la manera en que acontecieron, pues sólo así resulta posible verificar la adecuación de los sucesos fácticos a la norma de que se trate (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PODER LEGISLATIVO.

La función otorgada al Poder Legislativo por nuestra Constitución Nacional tiene como primordial objetivo la elaboración de normas generales y abstractas para la regulación, en principio, de hechos futuros (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DIVISION DE PODERES.

Siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes Departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas,

pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PODER JUDICIAL.

La competencia y la obligación del Poder Judicial es decir qué es derecho; tan importante atribución no puede extenderse —si es que no se quiere destruir el delicado sistema de equilibrio entre los poderes del Estado— a cuestiones abstractas o genéricas, sino únicamente a aquellos casos concretos donde sea necesaria una decisión judicial para resolver una controversia o litigio que se produzca por acción de una parte y defensa de la otra respecto de la aplicación práctica de la ley (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PODER LEGISLATIVO.

El Congreso de la Nación, a diferencia de los jueces, tiene como objetivo fundamental, el de elaborar normas generales y abstractas que han de regir las futuras conductas individuales (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PODER JUDICIAL.

Resulta indiscutible la exclusiva facultad judicial de emitir pronunciamientos definitivos sobre el derecho alegado, lo cual implica —naturalmente— la atribución de determinar la existencia de las circunstancias fácticas del caso concreto (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

LEY: Interpretación y aplicación.

No es posible considerar a la ley 23.521 como una ley de las llamadas interpretativas o aclaratorias, pues las características de estas últimas es la de legislar para el futuro (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PRESUNCIONES.

La ley 23.521 nada tiene en común con las disposiciones que establecen presunciones legales (por ej. art. 1113 del Código Civil) pues éstas fijan normas de aplicación general y no sustraen a los jueces el conocimiento de los hechos concretos traídos a su decisión (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PRESUNCIONES.

En realidad, la ley 23.521 impone a los jueces una determinada interpretación de las circunstancias fácticas de cada caso particular, sometido a su conocimiento, estableciendo una presunción absoluta respecto de la existencia de aquéllas (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

La Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento —civil o comercial— de que se trate (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

Una ley penal que establece una presunción absoluta de inocencia en favor del acusado, bien puede lesionar los derechos de éste, pues no le permite probar su inocencia en juicio (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PODER LEGISLATIVO.

El Congreso carece de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces y especialmente a la Corte una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una “causa” o “controversia” preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad —privativa de los jueces— de resolver definitivamente respecto de las “causas” o “controversias” mencionadas (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CORTE SUPREMA.

La Corte Suprema es el tribunal de último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción como perteneciente al Poder Judicial de la Nación; sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la defensa de sus atribuciones, la soberanía nacional y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

Sería difícil encontrar una violación más patente de principios fundamentales de nuestra Constitución que la ley 23.521, toda vez que cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar significa, además de un desconocimiento a la garantía individual de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RETROACTIVIDAD.

En el campo del Derecho Penal —en el que no rige la doctrina de los derechos adquiridos en contra de los imputados— es concebible la aplicación con efectos retroactivos de las nuevas leyes, siempre y cuando constituyan verdaderas normas generales, y, por consiguiente, se refieran también al futuro (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

LEY: Principios generales.

Lo que es incompatible con el carácter normativo-general propio de la ley es que ella sea dictada con el propósito de regir sólo y exclusivamente para el pasado (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DIVISION DE LOS PODERES.

La ley 23.521, en la medida en que no establece regla alguna aplicable a hechos futuros, no cumple con el requisito de generalidad propio de la función legislativa y, por tanto, infringe el principio de división de los poderes (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PRESUNCIONES.

Las “presunciones” que establece la ley 23.521 no son elipsis verbales para establecer reglas de derecho (interpretativas), sino meros juicios de hecho, que sustituyen al criterio autónomo del juzgador sobre las circunstancias discutidas en el proceso por la apreciación arbitraria del legislador (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PODER LEGISLATIVO.

Los poderes implícitos del Congreso de dictar todas las leyes que estime “convenientes” se convalidan en su ejercicio cuando dichas leyes no contradigan la letra y el espíritu de la Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DIVISION DE LOS PODERES.

No existe norma constitucional de la cual pueda derivarse razonablemente la sanción de facultades jurisdiccionales por parte del Congreso en causas pendientes ante el Poder Judicial (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DIVISION DE LOS PODERES.

En la estructura de nuestra Constitución —que establece firmemente la separación de los poderes como el más importante medio de garantizar el respeto de las libertades individuales— la facultad del Congreso de dictar las leyes convenientes (art. 67, inc. 28) refuta la idea de que ese mismo Congreso pueda convertirse en un tribunal de justicia (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PODER JUDICIAL.

Los fundadores de esta Nación confiaron el Poder Judicial solamente a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores, tanto en tiempos de bonanza como en tiempos difíciles (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

El art. 1º, primer párrafo, de la ley 23.521, interpretado literalmente resultaría contrario a los arts. 94 y 100 de la Constitución Nacional lo que se traduce en una clara violación del art. 18 de la Ley Fundamental, al excluir en el caso la indispensable intervención de los jueces con el consiguiente agravio del derecho de los impugnantes a obtener una debida resolución judicial (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

LEY: Interpretación y aplicación.

La ley no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva, ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación por la Corte (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION.

Se hace indispensable la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, de las distintas instancias de producción e interpretación normativa, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

LEY: Interpretación y aplicación.

No obstante las graves deficiencias de que adolece la ley 23.521, la Corte no puede desconocer que, más allá de la letra de la ley, existe una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

LEY: Interpretación y aplicación.

La intención del legislador no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

LEY: Interpretación y aplicación.

La misión judicial no se agota con la sola consideración indeliberada de la letra de la ley, porque es ineludible función de los jueces en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

AMNISTIA.

Mediante la ley 23.521 los poderes Ejecutivo y Legislativo han decidido, ante el grave conflicto de intereses que la sociedad argentina afronta en torno al tema, conservar la paz social encauzando la voluntad popular en medidas que clausuren los enfrentamientos, en procura de alcanzar como meta indispensable la unión de los argentinos (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

AMNISTIA.

Teniendo en cuenta que la función judicial no puede sustituir la acción de los poderes a los que incumbe la preservación de la paz pública ni asumir la responsabilidad de éstos y toda vez que resulta indudable

que respecto de las personas comprendidas en el art. 1º, primer párrafo, de la ley 23.521, el Poder Legislativo ha decidido clausurar la persecución penal de las acciones ilícitas que aquellas personas puedan haber realizado, cabe concluir que el Congreso Nacional ha ejercitado la facultad que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el art. 67, inc. 17, de la Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Si bien es cierto que el art. 18 de nuestra Carta Fundamental abolió para siempre, como práctica estatal y tendiente a obtener confesiones o como castigo, toda especie de tormento y los azotes, de ello no se deduce que al legislador le esté vedado, ante la comisión del delito de tormento, dictar una ley que, motivada por la necesidad de conservar la convivencia social pacífica del país, impida perseguir penalmente tales actos (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

AMNISTIA.

La ley 23.521 al amnistiar la conducta de las personas comprendidas en el art. 1º, primer párrafo, satisface plenamente la exigencia constitucional de generalidad, que, como es sabido, no significa universalidad (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

AMNISTIA.

La concesión de amnistia que a las personas comprendidas en el art. 1º, primer párrafo, de la ley 23.521, ha efectuado el legislador, halla un fundamento razonable en una característica que a todas ellas comprendía, esto es la falta de capacidad decisoria; no cabe duda que, en el marco de esta categoría, la amnistia otorgada reúne claramente el requisito de generalidad (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

Nunca como en esta ocasión, en que debe aplicarse la ley 23.521, la facultad del Poder Judicial de interferir, por medio del control de constitucionalidad, con la voluntad manifiesta del Poder Ejecutivo y Legislativo de adoptar medidas que éstos juzgan necesarias para preservar la convi-

vencia armónica y pacífica de nuestra sociedad, debe asumirse como un ejercicio hermenéutico complejo, que no se agota con la mera subsunción lógica de la ley en el marco general que establece la Constitución. En estas circunstancias adquiere trascendental relevancia la advertencia, tantas veces reiterada por la Corte, de que la declaración de inconstitucionalidad sólo se justifica como última *ratio* (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FUERZAS ARMADAS.

Es un deber de la Corte, al tiempo de consolidar la decisión legal adoptada mediante la ley 23.521, exhortar a los otros poderes del Estado a promover las medidas complementarias que configuren un nuevo marco de relaciones entre civiles y militares que impliquen la modernización de las fuerzas armadas, afirmando su pertenencia al sistema democrático y su sujeción a las normas constitucionales. Sólo por este camino, que la mera amnistía no demarca suficientemente, podrán los argentinos intentar realizar el sueño —tantas veces postergado— de los fundadores de la República, que tan claramente expresa nuestra Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

LEY PENAL MAS BENIGNA.

La amnistía que cabe concluir de lo dispuesto en el art. 1º, primer párrafo, de la ley 23.521, es de carácter más benigno que lo establecido en el art. 514 del Código de Justicia Militar, vigente al momento de comisión de los hechos (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: *Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales. Procesales.*

El agravio de inconstitucionalidad de la ley 23.049 sobre cuya base se avocará la Cámara Federal en el caso, debió haber sido deducido contra el auto que resolvió tal avocamiento (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.*

La disconformidad acerca del monto de la pena impuesta al imputado involucra cuestiones de hecho y de derecho común ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.*

Resulta arbitrario el pronunciamiento que se sustenta en pruebas que no se encuentran en autos (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PENA.

La cantidad de hechos atribuidos al acusado, sólo es relevante para determinar la escala penal, prevista en el Código Penal. Ello así una vez delimitado ese marco, la individualización de la pena a aplicar depende de las pautas que a ese fin establecen los arts. 40 y 41 de la ley de fondo, entre las que no se halla la cantidad de hechos ilícitos cometidos (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.*

No configura arbitrariedad la circunstancia de que el tribunal apelado haya dado preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Exclusión de las cuestiones de hecho. Varias.*

El agravio relativo al criterio empleado para determinar el punto de arranque del plazo de prescripción respecto del delito de privación ilegal de la libertad no es idóneo para habilitar la jurisdicción extraordinaria 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 (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PRESCRIPCION: *Principios generales.*

El plazo de prescripción del delito de privación ilegítima de la libertad debe comenzar a contarse desde el momento que el autor perdió el dominio de la acción (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

PRESCRIPCION: *Principios generales.*

No es posible introducir una nueva causal de suspensión de la prescripción que no se encuentra legislada, como lo sería la imposibilidad de

iniciar la acción penal correspondiente, durante el régimen de facto (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente procedente el recurso extraordinario, si los recurrentes manifiestan una discrepancia con el criterio sentado por los jueces de grado al fijar los límites de la eximente de obediencia debida, cuestionando así la inteligencia otorgada al art. 514 del Código de Justicia Militar (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Del análisis literal del art. 3º de la ley 23.521 surge que ésta sólo resulta aplicable a aquellos procesos en los cuales aún no se hubiese dictado sentencia (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

No es aplicable la ley 23.521 si el superior tribunal de la causa ha dictado sentencia, y sólo resta que la Corte se pronuncie sobre recursos federales no susceptibles de variar lo resuelto acerca de los hechos alegados, salvo en el caso ya descartado por el presente pronunciamiento, de que aquel tribunal hubiera caído en arbitrariedad manifiesta (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

LEY: Principios generales.

Si bien la ley 23.521 lo es en sentido formal, en razón del órgano que la ha dictado, constituye jurídicamente el ejercicio de la función judicial. Por su carácter de "sentencia del legislativo" es que la ley no se declara aplicable a los procesos ya fijados (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

La amnistía constituye tanto una causa de extinción de la acción penal, cuando la condena no está firme, como una causa de extinción de la pena, cuando sí lo está (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

El art. 1º de la ley 23.521 establece que las personas mencionadas en él, actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedándole a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar las órdenes) existieron o no en realidad. Es decir, la disposición en examen impone a los jueces una determinada interpretación de las circunstancias fácticas de cada caso particular sometido a su conocimiento, estableciendo una presunción absoluta respecto de la existencia de aquéllas (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

PRESUNCIONES.

Las presunciones legales sólo en apariencia son "juicios de hecho", pues su real función consiste en la atribución de deberes y derechos en el plano estrictamente normativo general, a través de elipsis verbales, históricamente condicionadas (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué)

DIVISION DE LOS PODERES.

Dado que es un punto de partida constitucional indiscutible que cada poder ha de tener un ámbito propio y exclusivo de su función, debe haber entonces un campo de cada función que no pueda ser ejercida de modo concurrente por los otros poderes del Estado (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

PODER JUDICIAL.

Si la función de determinar las circunstancias de hecho de cada caso por el conocimiento de las pruebas arrimadas a las causas, y su subsunción en la norma jurídica, no constituyeran la materia propia y exclusiva del Poder Judicial, carecería de todo sentido la enfática prohibición del art. 95 de la Constitución Nacional, porque no subsistiría ninguna función que fuera propia y exclusiva de los jueces de la Nación (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

El art. 1º de la ley 23.521 es contrario al principio de la división de poderes (arts. 1º, 94, 95 y 100 de la Constitución Nacional), no menos que a la garantía del debido proceso que asegura la defensa en juicio

de la persona y de los derechos, de lo que deriva el agravio al derecho de los impugnantes para obtener una debida resolución judicial (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

La ley 23.521 no puede ser considerada jurídicamente como una ley de amnistía, porque no cumple con decisivas características de su definición: la amnistía supone la extinción de la acción penal y de la pena (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

La amnistía no impide el progreso de la acción civil contra el autor del hecho amnistiado; por el contrario, la ley 23.521 pone al particular damnificado en la situación de que su posible deudor civil sea considerado *a priori*, como subordinado a la orden de un superior, lo que perjudica a aquél desde el punto de vista procesal (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

La finalidad primordial de la amnistía es la de alcanzar sólo a los delitos políticos y a los comunes que tuviesen una relación atendible con el móvil político alegado; en consecuencia se consideró que quedaban excluidos de los beneficios de la amnistía los delitos de características atroces y aberrantes (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: *Derechos y garantías. Generalidades.*

La clara formulación del art. 18 de la Constitución Nacional que en su parte pertinente establece: "... quedan abolidos para siempre... toda especie de tormentos y los azotes...", también constituye una valla infranqueable para la validez de la ley 23.521. Este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

El perdón indiscriminado de los delitos atroces y cometidos de manera inhumana, rayaría con la arbitrariedad en el ejercicio del poder normativo (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

No se podría atribuir el carácter de amnistía a la ley 23.521 pues se ha fundado en una condición definida por una calidad personal —tal el grado militar— en lugar de una característica del hecho amnistiado. Tal proceder es contrario al principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) y al carácter general que deben tener las leyes de esta clase (art. 67, inc. 17, de la Constitución Nacional) perdiendo de vista la identidad de las infracciones amnistiadas (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

Si se parte del principio —pacíficamente aceptado por la Corte— según el cual la amnistía borra el carácter ilícito del hecho, cabe concluir que el Congreso carece de facultades para conceder amnistías respecto del delito de tortura (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

No es apta para habilitar la instancia extraordinaria la queja fundada en que la actividad instructoria secreta llevada a cabo violaría la garantía de defensa en juicio, si se tiene en cuenta que resulta admisible flexibilizar el procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar cuando ello no implique la existencia de vicios graves en el procedimiento (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

Los requisitos del debido proceso comprenden, para el imputado, la oportunidad de ser oído, de conocer los cargos que se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

PRUEBA: Testigos.

La idoneidad de los testigos no supone necesariamente que el juez se vea obligado a otorgar plena fe a sus manifestaciones (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.*

Puede tacharse de arbitrario el pronunciamiento producto de la sola voluntad de los jueces o que no tenga más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.*

El recurso extraordinario no es procedente en los casos en que el apelante se limita a plantear su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CORTE SUPREMA.

La misión de la Corte Suprema consiste en el servicio a la conciencia jurídica del pueblo, que cumple al hacer explícitos los valores de la tradición humanista que se cuenta entre los principios determinantes de su nacionalidad (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CULPA.

En punto al sentido y alcance de la obediencia debida, ha de reconocerse, como en otros campos, una diferencia entre las máximas de la tradición humanista, aceptadas como patrones obligatorios en el plano ideal, y pautas prácticas de conducta que corresponden a una visión del hombre alejada de los postulados de la libertad (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Es de toda evidencia que la idiotez técnica, que el fanatismo desatado y la Realpolitik han puesto a la humanidad, por primera vez en su historia, en el riesgo cierto de un retroceso incalculable en el modo y condiciones de su existencia. Sólo la convivencia guiada por el incondicional respeto a la dignidad del hombre puede salvarla de tal retroceso. Tal es el punto de partida para la elaboración técnica de la problemática planteada en la causa en torno a la obediencia debida en el orden militar (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS.

La idea según la cual la inhumanidad de un hecho penal impide desincriminarlo se ha mantenido viva en toda nuestra historia jurídica desde la organización nacional (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

DELITOS MILITARES.

Cuando el art. 11 de la ley 23.049 excluye de su ámbito de aplicación a los hechos atroces o aberrantes, no hace sino continuar una línea habitual, puesta de manifiesto por la legislación y la jurisprudencia en los campos de la amnistía y de la extradición (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

AMNISTIA.

Existe una noble tradición argentina que niega ingreso al campo de la impunidad a quienes sean responsables de atrocidades, y —cabe observarlo— la mayor manifestación de tal linaje de ideas y sentimientos se halla en el art. 18 de la Constitución, cuando decreta que “Quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes” (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales. Varias.

Una interpretación literal del art. 514 del Código de Justicia Militar, haría incompatible a dicha norma con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías establecidos en nuestra Carta Magna (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

DICTÁMENES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA CORTE SUPREMA

Suprema Corte:

I. El recurso extraordinario de fs. 9427/9459: cuestiones materia de dictamen.

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal a fs. 8323/8867, que condenó al cabo Norberto Cozzani a cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por considerarlo autor responsable del delito

de aplicación de tormento, reiterado en cuatro oportunidades (punto 18 del fallo), los abogados defensores del nombrado dedujeron recurso extraordinario a fs. 9427/9459. Se agravia el recurrente por cuanto la Cámara desestimó su planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.040, derogatoria de la ley 22.924, cuya aplicación reclama; cuestiona, asimismo, la regularidad del procedimiento y sostiene la arbitrariedad de la decisión recurrida. Por último, critica la sentencia por no haber hecho lugar a la eximente de obediencia debida, oportunamente invocada por la defensa con base en el art. 514 del Código de Justicia Militar.

A fs. 9708/9710 la Cámara concedió el recurso sólo en cuanto concierne a la inconstitucionalidad articulada en relación a la ley 23.040 (considerando I) y en cuanto a la interpretación del artículo 514 del Código antes citado (considerando X), denegándolo en los restantes aspectos. Esta denegatoria ha motivado la interposición de una queja que tramita por separado, sobre cuya admisibilidad me expido en el expediente respectivo.

Corresponde tratar aquí, pues, únicamente los temas por los cuales se concedió el recurso. A tal fin, estimo conveniente, desde el punto de vista metodológico, considerar en primer término la cuestión referente a si es o no admisible la eximente aducida por la defensa, ya que de ser ella aplicable tornaría abstracta la otra cuestión materia de agravio, que consiste en la pretendida aplicabilidad al caso de la amnistía contemplada por la ley 22.924. En efecto, si se concluye que el imputado no es penalmente responsable, carece de interés establecer la eventual aplicabilidad a su respecto de la referida amnistía.

II. *Los agravios concernientes a la obediencia debida.*

Con relación a la incidencia en el caso de esta eximente, los defensores del imputado cuestionan minuciosamente los argumentos expuestos en la sentencia. Sostienen, en esencia, que quien ha cumplido una orden del servicio, no es jurídicamente responsable conforme al principio de la obediencia debida, el cual comprende, a su entender, aun los mandatos antijurídicos. Añaden, que en el ámbito militar es casi inexistente la facultad de inspección de las órdenes

por el inferior y que la disciplina y la obediencia son conceptos primordiales en una fuerza armada. Aluden también al clima social que se vivía en la época en que habría actuado el imputado, a quien —dicen— no se atribuyó exceso en la ejecución de las órdenes recibidas. Luego de otras consideraciones, sostienen que la diferenciación que hizo la Cámara acerca de la manifiesta ilicitud de los actos, calificándolos en concordancia con la ley 23.049, art. 11, como atroces y aberrantes, no existía al momento de la comisión de los hechos y, por interpretativa que pretenda ser dicha ley, su aplicación al caso concreto violaría los arts. 2º del Código Penal y 18 de la Constitución Nacional.

Es mi opinión que, en la medida que los precedentes agravios implican poner en tela de juicio la inteligencia del art. 514 del Código de Justicia Militar, esto es, de una norma de carácter federal, el recurso es procedente desde el punto de vista formal y ha sido bien concedido en este punto.

III. *Diversos enfoques sobre el tema.*

En cuanto al fondo del asunto, cabe puntualizar que la norma antes citada delimita los alcances de la eximente de obediencia debida en el ámbito propio del ordenamiento penal militar, en el cual corresponde que sea examinada aquí, por lo que cabe anticipar que las consideraciones que efectúa el *a quo* acerca de su incidencia en el ámbito administrativo y el derecho penal común resultan inatinentes en este caso. En cuanto concierne al citado ordenamiento especial, se han esbozado diversas orientaciones interpretativas.

En un extremo, están quienes propician una inteligencia excesivamente rígida de la inserción de la obediencia debida en ese marco, sosteniendo que ella ha de comprenderse como una obediencia pasiva sin limitación alguna. Bajo esta óptica, los subordinados serían meros instrumentos que no tienen ni deben tener otra voz, otro pensamiento, otra voluntad, que las de sus jefes. Obediencia debida es así equivalente a obediencia ciega.

Frente a esta postura, hay otra opuesta que, mediante diversas variantes, se caracteriza por negar la extremidad en la obediencia.

En esta línea se halla el enfoque que informa el pronunciamiento recurrido, conforme al cual el tema debe ser analizado en el campo de la culpabilidad. Y en ese terreno, concibe a la eximente como “un error de prohibición insalvable sobre los presupuestos objetivos del deber de obediencia (...), es decir, tanto los formales como los sustanciales” (fs. 8822). De este modo presupone la existencia de un poder de revisión del subordinado respecto de la legitimidad de la orden recibida.

Al referirse a esta cuestión, V.E. parece haber receptado una idea distinta, al decir que el art. 514 del Código de Justicia Militar “exime de responsabilidad al inferior por el cumplimiento de una orden del servicio, aunque hubiera consistido directamente en la comisión de un delito, siempre que no se hubiera excedido en su cumplimiento, y declara único responsable al superior que la hubiera dado” (causa V. 152, L. XX, “Videla, Jorge Rafael s/excepción de incompetencia”, sentencia del 7 de abril de 1987, consid. 15).

Es esta última, la inteligencia que, a mi juicio, mejor se adecua a la sistemática de la legislación militar en vigencia, porque refleja sin duda la tesitura que ella ha receptado entre las varias opciones posibles.

IV. Alcances y fundamento del deber de obediencia en el ámbito militar.

El principio rector consiste, a mi ver, en que todas las órdenes impartidas mediante el ejercicio regular del mando, esto es, las que provienen de un superior (art. 877, C.J.M.) jerárquicamente habilitado para impartirlas, y guardan relación con las actividades reglamentariamente atribuidas a las fuerzas armadas, deben ser obedecidas.

Ese deber de obediencia no significa, por cierto, el deber de obedecer cualquier orden, sino únicamente aquéllas vinculadas al servicio, es decir, referidas a las “funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas” (art. 878 C. J. M.; conc. art. 6º de la Reglamentación de Justicia Militar). Y éstas órdenes deben ser ejecutadas aunque ellas pudieran derivar en la comisión de un delito; vale decir, que si el superior ha apre-

ciado mal la situación y la orden del servicio resultare ilegítima, sólo él será responsable de las consecuencias criminosas de tal situación, y no el inferior que la hubiere cumplido sin exceso, toda vez que a este último le está vedado el derecho a revisar su contenido.

Así está claramente concebido, a mi juicio, en el art. 514 del código castrense que es, obviamente, la norma específica aplicable al caso, por encima del régimen legal que en el parecer del tribunal *a quo* pudiera resultar más conveniente o deseable. La obediencia de la orden por el subordinado, cualquiera fuese el contenido, deja a salvo regularmente su responsabilidad, por cuanto la ubicación en la cadena de mandos descarta la existencia de capacidad decisoria propia y excluye la revisión de la orden, salvo en lo concerniente a verificar la competencia de quien la emitió y su vinculación con el orden y las funciones militares, esto es, con el "servicio".

Es tiempo de señalar que un análisis sistemático de diversas disposiciones del C.J.M. corrobora dicha conclusión.

En particular, los artículos 667, 674 y 675 del citado código, a los que se hace referencia en el fallo, enfatizan indudablemente, a mi entender, ese deber de obediencia incondicional. El primero, en cuanto define la insubordinación como la acción del militar que "hiciera resistencia ostensible o expresamente rehusare obediencia a una orden del servicio que le fuere impartida por un superior". El segundo, en cuanto define la desobediencia como una figura penal complementaria de la anterior que comprende a quien "sin rehusar obediencia de modo ostensible o expreso, deja de cumplir, sin causa justificada, una orden del servicio".

Cabe detenerse en el examen de estas dos disposiciones por cuanto la Cámara parece deducir de la segunda un cierto poder de revisión del subordinado, a raíz de la expresión "sin causa justificada" que allí se emplea.

Pero al razonar así no se ha advertido que la figura básica es la contenida en el art. 667, donde ninguna excepción se contempla con respecto a la imperatividad del cumplimiento de la orden. Y es claro que si la hubiera tendría que estar contenida en esta figura,

donde se prevé una actitud deliberada (ostensible, expresa) en el sentido de no acatar la directiva; si en algún caso esta negativa fuese admisible, sólo allí pudo estar prevista.

Por el contrario, la figura complementaria del art. 674, contempla una conducta omisiva (dejar de cumplir) que resulta de por sí equívoca, ya que esa omisión podría originarse tanto en una reticencia a ejecutar la orden como en una circunstancia distinta y ajena a la voluntad del inferior (vgr.: la imposibilidad material de cumplirla). Es por eso y no por otro motivo que este texto legal deja a salvo la posibilidad de que el subordinado “justifique” su proceder, mostrando que no hubo una resistencia oculta o inexpresada a cumplir el mandato. Pero es claro que no podrá invocar un juicio personal adverso al contenido mismo de la orden.

Así lo corrobora el antes aludido art. 675, conforme al cual, “ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar”.

Tampoco puede hallarse un argumento contrario a la obligación irrestricta de obedecer órdenes —aún las de contenido delictivo— a partir del art. 187 del C.J.M., que impone el deber de denunciar cuando se tuviere “conocimiento de la perpetración de un delito”. Esta directiva no podría alcanzar al subordinado que recibe una orden del servicio respecto del contenido de esta misma; reitérase aquí el valladar del art. 675 del C.J.M. Además, importaría una incoherencia suponer que pueda configurarse “encubrimiento” respecto de los propios actos. Por otra parte, la regla aludida prescribe efectuar la denuncia ante el “superior de quien dependan”, con lo cual, si el deber legal tuviera el alcance que se pretende, estaría el subordinado en la absurda situación de radicar su denuncia ante el propio autor del ilícito, esto es, el superior que le impartió la orden.

Por cierto que estas consideraciones de ningún modo tienden a consagrar una suerte de impunidad por los delitos derivados del cumplimiento de órdenes del servicio, ni suponen admitir una “mecanicidad irresponsable”, en la terminología de la sentencia. Por el contrario, la responsabilidad penal por el ilícito cometido queda en estos

casos desplazada, por imperativo legal, a quienes emitieron las órdenes en cuestión.

El fundamento que subyace a este sistema normativo consiste en que no habría posibilidad de organización militar, con todos los requerimientos que ella comporta, si el subalterno pudiera poner en cuestión la legitimidad de las órdenes que se le imparten, estudiarlas con frialdad y darles o no cumplimiento según los dictados de su conciencia. Este razonamiento puede no adecuarse a otros tipos de organizaciones que carecen de las características propias de los ejércitos; por eso, no parecen atingentes al caso *sub lite* las consideraciones que efectúa el tribunal con respecto al alcance del deber de obediencia en el ámbito administrativo.

V. *El deber de obediencia como eximente de responsabilidad penal.*

Al encarar este tema, preciso es advertir que, la cuestión insinuada en el fallo en el sentido de que no sería aceptable que el derecho ordenara cumplir un mandato delictivo, involucra un pseudo-problema, originado tal vez en un planteo incorrecto del asunto.

En primer lugar, no hay duda que el deber de obediencia es incuestionable cuando las órdenes son legítimas tanto en los aspectos formales como en el contenido sustancial. Por eso, como ha observado Kelsen, no es mucho lo que se adelanta en el análisis del tema si se parte de la premisa que sólo deben ejecutarse las órdenes regulares. El problema auténtico —ha dicho el autor citado— que escapa a tal premisa, consiste en determinar quién decide si la orden que ha de ejecutarse es regular; y a esta pregunta dos respuestas son posibles: o bien decide quien ha de ejecutar la orden, o bien una instancia diferente, que puede ser el mismo que emitió la orden. Y esta cuestión no puede resolverse sino sobre la base de los preceptos positivos (Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", Trad. Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1973; p. 374).

La cuestión planteada en estos términos ofrece una gama de soluciones posibles según el alcance de las facultades de inspección que el orden normativo de que se trate confiera a los subordinados.

Si a éstos se les impone obedecer incondicionalmente, restringiendo su poder de inspección a los aspectos extrínsecos de la orden (competencia del superior, vinculación con el servicio), la cuestión referente a la legitimidad del mandato queda diferida a un examen posterior y a una instancia distinta.

En tales situaciones, señalaba con acierto Sebastián Soler, es evidentemente equivocado hablar de inculpabilidad del subordinado por un presunto error de éste acerca de la legalidad de la orden, puesto que tanto el conocimiento como el error son, en estos casos, absolutamente irrelevantes (“Derecho Penal Argentino”, Tomo I, TEA, Buenos Aires, 1970, p. 261). Por eso, es preciso tener presente —como advertía el propio Soler— que no se trata, en estos supuestos, de imponer o no el deber de obediencia a órdenes ilegales, “sino de juzgar al que cumple una orden formalmente correcta y sustancialmente delictuosa, cuando el derecho quita al subordinado todo poder de inspección según ocurre, a veces, en un orden jurídico, aun en la más pura democracia” (Soler, S., op. cit., loc. cit.). El eminente penalista concluía, más adelante, señalando que el “efecto que debe acordarse a la existencia de una orden que debía ser cumplida sin examen consiste en el traslado de la relación imputativa, . . . , la cual debe ser directamente atribuída, . . . a quien impartió la orden jurídicamente irrecusable” (op. cit., p. 262).

La certeza de esta doctrina, que atribuye carácter objetivo a la exigencia de obediencia debida, ha sido destacada por el español José María Rodríguez Devesa, quien afirma: “Debe también, a mi entender, desterrarse el defectuoso sistema de reducir la obediencia a otras causas de exclusión de la responsabilidad criminal, como son el error o la coacción, pues en tal supuesto la obediencia a órdenes superiores carecería de propia sustantividad y sería superfluo todo debate sobre ella, . . .” (“La obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, Revista Española de Derecho Militar, nº 3, Madrid, 1957, p. 32).

Estas afirmaciones son tanto más ciertas respecto de nuestro derecho positivo, el cual admite por separado como eximentes a la obediencia debida y al error, de modo que resulta equivocado admitir la primera tan sólo en la medida en que puedan verificarse los

presupuestos fácticos de la segunda. En efecto, el Código Penal contempla el error o ignorancia de hecho no imputable en el art. 34, inc. 1º, y la obediencia debida en el inc. 5º del mismo artículo. El error es aplicable en el ámbito penal militar, conforme la remisión que efectúa el art. 510 del C.J.M.; la segunda, a su vez, rige también en ese ámbito con la especificidad que resulta del art. 514 del mismo Código.

Ante este panorama normativo, es claro que carecería de sentido regular como causa de no punibilidad independiente a la obediencia debida, si su procedencia quedase subordinada a la existencia de error en el agente, toda vez que para excluir la punibilidad de éste hubiera bastado la referencia al error de hecho, el cual descarta la culpabilidad con abstracción de una situación de dependencia jerárquica.

A mi juicio, pues, es claro que la operatividad de esta eximente no queda circunscripta a un análisis de los condicionamientos subjetivos del subordinado, de su acierto o error en el examen de la legitimidad sustancial de la orden, toda vez que ese examen le está vedado al menos en el contexto de la ley militar vigente al tiempo en que tuvieron lugar los hechos que originan esta causa.

Ello no obsta, sin embargo, a que simultáneamente con la causal de impunidad basada en la obediencia debida, puedan incidir en el caso circunstancias particulares configurativas de error o coacción, excluyentes de la culpabilidad. Más aún, creo que si se adoptase el criterio que recepta la sentencia en cuanto a la caracterización de la eximente de obediencia debida como causa de inculpabilidad, el peculiar contexto en que acaecieron los hechos *sub lite* la tornaría precedente, como luego se verá

VI. *La incidencia de la eximente en el caso.*

En nuestro país, la doctrina mayoritaria, aún bajo distintas ópticas, es conteste en aceptar que cuando el inferior o subordinado carece de facultades para revisar la orden o no tiene el deber de revisarla, queda excluido en su responsabilidad penal ante el deber de obediencia, aunque se tratase de un delito (conf.: Sebastián Soler,

op. cit., p. 260 y sges. Carlos Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal", Bs. As. 1966, T. II, p. 331; Ernesto Ure, "Obediencia debida e inculpabilidad", "La Ley", T. 126, p. 976; Lucio Eduardo Herrera, "Reflexiones sobre la obediencia debida", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 1, 1970, p. 22. Guillermo J. Fierro, "La Obediencia debida en el ámbito Penal y Militar", Depalma 1984, p. 123 y sges.; Alberto Campos, "Derecho Penal", p. 224; entre otros).

Más allá de como pueden verse las cosas bajo el prisma de los principios del derecho penal común, ciertamente nos hallamos frente a un régimen normativo de excepción dentro del cual una disposición clara y expresa, como es el art. 514 del Código de Justicia Militar, desplaza la autoría del hecho delictuoso del subordinado al superior de quien emanó la orden. Por eso, como sostuve en mi dictamen en la causa 13/84, C. 895, L. XX, por encima de las discrepancias doctrinarias en cuanto a las categorías en que corresponda ubicar a los protagonistas de los hechos, no parece dudable que el art. 514 citado consagra la autoría del superior que imparte la orden. Sobre esta base, y sin necesidad de analizar el punto desde la perspectiva del derecho penal común (específicamente con apoyo en el art. 45 del Código Penal) pueden extraerse conclusiones válidas dentro del régimen de excepción que comporta el derecho penal militar, donde por imperio de una norma específica la calidad de autor se desplaza del subordinado al superior, de modo que a los fines de la responsabilidad penal sólo este último es autor y resulta inculpatado como tal, en tanto que el transmisor o ejecutor de la orden de contenido irregular, privado como está de toda posibilidad de revisión o examen de dicho contenido sustancial, resulta alcanzado por una eximente de naturaleza objetiva, así definida en el tantas veces citado art. 514 del Código de Justicia Militar.

Este criterio viene hoy impuesto, además, por cuanto se hubo resuelto, con alcance de cosa juzgada, en la causa 13/84, C. 895, L. XX, desde que la pauta que allí prevaleció en punto a la atribución de los hechos a los altos mandos militares que elaboraron los planes estratégicos de la lucha contra la subversión y emitieron las órdenes generales o participaron en la elaboración de los planes contribuyen-

tes, no podría ser compatible ahora con una atribución de esos mismos hechos a los subordinados que sólo estuvieron en condiciones de transmitir o ejecutar aquellas directivas, salvo que, por propia iniciativa, se hubiesen extralimitado o cometido otros delitos en provecho propio.

En la segunda situación es posible incluir con total certeza a quienes en la cadena de mandos revistaban como oficiales jefes y subalternos, suboficiales y tropa, así como las jerarquías equivalentes de las fuerzas de seguridad, sin perder de vista que éstas actuaron bajo control operacional de los mandos militares. En los supuestos preindicados es factible establecer *ab initio* la operatividad de la eximente de obediencia debida que contempla el art. 514 ya mencionado. En cambio, esto no es posible predeterminarlo en relación a los oficiales superiores que tuvieron mando efectivo y capacidad decisoria en el tiempo que acaecieron los hechos, en la medida que hubieran tenido acceso a la elaboración de los planes antedichos y, de ese modo, hubieran participado en el proceso de creación de las órdenes de cuya ejecución se trata.

En consecuencia, el recurrente Norberto Cozzani quien revistaba como cabo de la Policía de la Provincia de Buenos Aires al tiempo de los hechos que se le imputan, debe considerarse alcanzado por esta eximente, por lo que estimo que el fallo condenatorio deberá revocarse en este aspecto.

Preciso es destacar, todavía, que otras consideraciones, vinculadas al contexto general en que acaecieron los hechos y a cómo él influyó en el ánimo de quienes ejecutaron órdenes ilegales, también conducen a conclusiones similares a las expuestas.

VII. *Convergencia de otras eximentes (causales de inculpabilidad).*

En efecto, para el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional, máxime en redor de la contemplación jurídica del caso que nos ocupa, resulta insoslayable no perder de vista ese contexto fáctico dentro del cual se produjo el obrar inculminado, esto es, bajo la hi-

pótesis de una guerra revolucionaria cuyos genuinos alcances, reales o potenciales, sólo estuvieron en condiciones de conocer y valorar plenamente quienes deliberaron y planificaron la acción, más no aquellos que la ejecutaron.

Estos últimos, en cambio, no sólo hallábanse alcanzados por “órdenes del servicio”, generales y reglamentadas nítidamente, y por ende vinculantes para ellos dentro de un marco estrictamente objetivo; estaban a la vez inmersos en una dinámica que resultaba, de hecho, insusceptible de evaluación y, consecuentemente, inobjetable. Para quienes así obraron, no parece factible sostener en términos jurídicos la exigibilidad de una conducta distinta, porque en todo caso se hallarían en el supuesto que en doctrina se denomina “justificación putativa”, caracterizada por la creencia errónea del sujeto en que existen circunstancias que le autorizan u obligan a proceder como lo hace, circunstancias que, de haber existido, habrían justificado la conducta (conf. Soler, Sebastián, op. cit., tomo II, p. 76, Núñez, Ricardo “Tratado de Derecho Penal”, tomo II, p. 114). Esta situación configura una causa excluyente de la culpabilidad que coincide en el caso con la eximente antes analizada.

Accediendo, pues, a una perspectiva distinta a la expresada en el párrafo precedente, esto es, observando la cuestión en el terreno de la culpabilidad —como lo hace el *a quo*—, podría afirmarse que el cumplimiento de las órdenes o directivas, en tanto correspondían a los planes aprobados y supervisados por los mandos superiores de las fuerzas armadas y la Junta Militar, habría inducido a los subordinados a obrar con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida.

Ha de admitirse la ya aludida particularidad del contexto fáctico, que estaba reflejada en la circunstancia de que los propios comandantes, al tiempo de los hechos investigados, constituían la máxima autoridad legislativa, en cuya virtud dictaron las leyes 21.460, 21.461, 21.267 y otras, incluso la modificación del Código Penal. A ello debe sumarse una situación de beligerancia subversiva, reconocida por la Cámara y por V. E., así como que las directivas y el sistema de lucha antisubversiva emanaba de los propios comandantes en jefe, a partir de los decretos 261, 2770, 2771 y 2272 del año 1975, dictados por el entonces gobierno constitucional.

Tiene dicho V. E., por el voto de uno de sus ministros en la causa C. 895, L. XX, sentencia del 30 de diciembre de 1986, que en el contexto materia de análisis, el “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” (ver voto del doctor Fayt, considerando 17). En el mismo sentido, añadió que “el desmedido poder de hecho y la incontrolada capacidad legisferante alcanzados por los acusados (miembros de la Junta Militar), 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 cuanto permitió atribuir responsabilidad delictual a los altos mandos de cada una de las fuerzas armadas, “aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes —sin agregarles en su cumplimiento, por propia iniciativa, hechos aberrantes, ni cometer en provecho propio delitos comunes—...” (v. cons. 24 del voto citado).

A ello debe agregarse, asimismo, todo el sistema legal de preparación del instrumento militar, que suma a la amenaza de sanciones a la desobediencia la formación y el entrenamiento destinados a incorporar el hábito del cumplimiento inexorable de las órdenes, y el condicionamiento psicológico que los mandos superiores consideran adecuado a las características del enfrentamiento para el cual preparan a sus tropas.

La creencia en la legitimidad de la orden, en estos casos, sería equivalente al convencimiento insuperable de obrar conforme a derecho. Y debe destacarse que cuando no se conoce la antijuridicidad por error invencible, fundado en circunstancias apreciadas erróneamente por el agente, la doctrina universal, incluida la nacional y la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país, considera que queda excluida, sin más, la culpabilidad. Algunos directamente por vía del error denominado “de hecho” en el art. 34, inc. 1º, del Código Penal, y otros por la exclusión del dolo, o por el directo desconocimiento de la antijuridicidad o de la prohibición del hecho (conf. Roberto A. M.

Terán Lomas, "Derecho Penal —parte General", Astrea, 1980, t. 2, p. 57, parág. 319; Ricardo Núñez, "Derecho Penal Argentino", t. II, p. 114 y en "Manual de Derecho Penal", p. 232 y ss.; Sebastián Soler, op. cit., t. II, parág. 40, VIII; Lucio Eduardo Herrera, "El Error en Materia Penal", Abeledo-Perrot, 1971, ps. 123 a 315 y la jurisprudencia allí citada; Carlos Fontán Balestra, op. cit., t. II, ps. 314 a 330; Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Losada, 1962, t. VI, ps. 683 y ss.; entre otros).

Cabe agregar a lo expuesto que, en todo caso, dadas las especiales circunstancias ya reseñadas, la resistencia a la orden hubiese supuesto, además de las sanciones específicas contempladas por la ley militar (arts. 667, 674, 675 y cons., C.J.M.), la asunción de un riesgo en medida no exigible. Esto supone la convergencia, en tales hipótesis, de otra causal independiente de exculpación, cual es la coacción que prevé el art. 34, inc. 2º, del Código Penal.

VIII. *Inatención del art. 11 de la ley 23.049 en este caso.*

La formulación precedentemente expuesta conduce a sostener la operatividad del art. 514 del Código de Justicia Militar, aunque las órdenes hubiesen estado dirigidas a la comisión de los actos individualizados en la última parte del segundo párrafo del art. 11 de la ley 23.049. Una inteligencia contraria, que excluyera totalmente la aplicabilidad del art. 514 en tales supuestos, resultaría inadmisibles, por cuanto importaría alterar su propio carácter, al par que desembocaría en una modificación de la ley penal con posterioridad a los hechos investigados, susceptible, por tanto, de conculcar la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En efecto, el art. 11 de la ley 23.049 se presenta a sí mismo como una norma interpretativa del art. 34, inc. 5º, del Código Penal, y dispone que éste sea entendido de conformidad con el art. 514 del C.J.M. En esto no se innova respecto de lo que prescribe el art. 510, *in fine*, del Código castrense. Pero en realidad, el segundo párrafo del art. 11 citado, concluye convirtiéndose en una interpretación no ya del Código Penal sino del art. 514 de la ley militar.

Si así se entendiera, surgen dificultades insalvables, por cuanto dicho párrafo al establecer una distinción acerca del contenido posible de las órdenes, vendría a imponer como principio no sólo el poder, sino el deber, de los subordinados de examinar ese contenido. Con lo cual, no solamente se contradice la letra del texto legal que se pretendía “interpretar” (art. 514, C.J.M.), sino también toda una serie de disposiciones insertas en el mismo Código que regulan el deber de obediencia como un mandato irrecusable para los subordinados, cuyo poder de revisión queda restringido —como ya hemos visto— a los aspectos extrínsecos de la orden (competencia del emisor, vinculación con el servicio).

Esta norma que se dice interpretativa, pues, no puede admitirse como tal, porque no sería posible compatibilizar la “interpretación” que ella indica con todo el conjunto de normas que integran el Código castrense. Por eso, si algún sentido cabe asignarle, sería el de constituir lisa y llanamente una disposición modificatoria de dicho código.

Pero, claro está, así entendida no es posible proyectar sus efectos hacia el pasado, no es posible aplicarla retroactivamente, porque si así fuese, habríase conculcado el art. 18 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, toda vez que frente a varias interpretaciones posibles de una norma, ha de preferirse aquella que la concilia y no la que la oprime al texto constitucional (Fallos: 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 302:1600; 306:1694, y muchos otros), corresponde concluir en el criterio señalado que mantiene la aplicabilidad del art. 514 del Código de Justicia Militar en la forma antes expuesta, esto es, sin la incidencia del señalado párrafo del art. 11 de la ley 23.049.

IX. *Consideraciones finales sobre el tema.*

A esta altura final de mi dictamen, creo necesario remarcar que la interpretación legal que propongo es la única que juzgo posible en función del sistema normativo vigente al tiempo en que los hechos acaecieron, el cual, por lo demás, es el único constitucionalmente aplicable.

Creo, asimismo, pertinente resaltar —a fin de dejarlo esclarecido— que dicha correcta inteligencia del sistema legal vigente al tiempo de los hechos criminosos que se juzgan, en tanto importa desplazar la responsabilidad penal hacia quienes los ordenaron, no desemboca, es obvio, en la impunidad de los mismos. Sólo impide lo que sería antijurídico, esto es, condenar igualmente por ellos a quienes automatizados en el régimen de obediencia irrestricta tenían el deber legal de cumplirlos, bajo el imperio de esas normas que correlativamente excluyen su responsabilidad.

Empero, no puede, desde ya, escapárenos que, tanto el tenor, cuanto la magnitud, de los hechos que conformaron la característica de los actos de servicio ordenados sistemáticamente por la superioridad en el marco de la guerra antisubversiva, a través de reglamentaciones detalladas y expresas, tienden a hacer reflexionar acerca de la conveniencia de modificar la norma del art. 514 del Código de Justicia Militar en vigencia al tiempo de los sucesos que se juzgan, que data de 1951, teniendo en cuenta las mejores tradiciones de nuestro derecho en la materia. Se daría así respuesta adecuada al interrogante que, hacia el ocaso del pasado siglo, formulaba Manuel Obarrio —que por entonces presidió, justamente, las comisiones codificadoras de la justicia militar—: “¿el crimen común puede alguna vez entrar en las reglas u órdenes de un ejército?” (“Curso de Derecho Penal”, Lajouane, edición de 1902, págs. 352 y sgtes.).

Mas estos reparos acerca de la conveniencia del precepto aludido, por las razones ya expuestas, no puede jugar desde el punto de vista de la rigidez jurídica, en disfavor de su aplicación indefectible y sólo pone en evidencia, a mi juicio, la seguramente no menos indefectible necesidad de su reforma, tal como en la fecha, impulsado por la trascendencia e importancia que no se puede dejar de advertir en el calor del estudio de este complejo y delicado tema, lo propongo en mi carácter de Procurador General de la Nación, mediante un informe específico, al señor Presidente de la República.

Porque el sistema de la obediencia extrema de las órdenes militares, que consagra nuestro código casi en soledad en el ámbito de la legislación comparada, ha venido a emerger —a la luz de los detalles

constantes en la causa, que atestiguan en su cruda y estremecedora realidad las reprochables actuaciones a través de las que se llevó adelante esta lucha, generada por un contendiente artero que se valió de no menos reprochables métodos— ha venido a emerger, digo, como un mecanismo coadyuvante a la inadmisibile potestad de los altos mandos castrenses para concebir y ordenar medios de combate que, más allá de lo objetable que resultan desde el punto de vista moral y aún espiritual, son incompatibles con el Estado de Derecho que funda nuestra filosofía política.

Y si es una verdad esencial aquella a la que se refería en su citada obra Obarrio, en el sentido de que “el militar, por el hecho de serlo, no abandona su calidad de hombre, no es un desheredado que haya perdido la protección y el amparo de las leyes”, es nítido que la propia defensa de los derechos inalienables de la persona del militar es la que motiva, a su vez, la necesidad de esa disminución del concepto extremo de la obediencia, legislando con mayor precisión sus límites y preservando, a la vez, la disciplina que es esencial a los ejércitos. De otro modo, esa extremidad del concepto, puede obligar a la aceptación de órdenes que impliquen la autoría de actos que no debieran, en rigor, presentarse como integradores del servicio, por la sola e incontrovertible razón de que, como quedó dicho, soslayan lo insoslayable, esto es, la dignidad y la condición del hombre, y que degradan tanto no sólo los derechos humanos de las víctimas cuanto, al unísono, los de quienes así instruidos y automatizados deben, bajo la presión de la mencionada incondicionalidad, cumplir con el deber de llevarlos a cabo.

X. *El recurso extraordinario de fs. 9382/9402.*

La sentencia en dictamen, en cuanto condenó al Oficial Principal Médico, Jorge Antonio Berges a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por considerarlo coautor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en dos oportunidades (punto 16 del fallo), fue recurrida por el defensor oficial del encarado según apelación extraordinaria obrante a fs. 9382/9404. Se

agravia el recurrente por cuanto la Cámara desestimó su planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.040, derogatoria de la ley 22.924 cuya aplicación reclama, y junto a otras potestades invoca la eximente de la obediencia debida.

A fs. 9708/9710 el *a quo* concedió el recurso sólo en orden a la tacha de inconstitucionalidad formulada en relación a la ley 23.040 (considerando I). La denegatoria por los restantes agravios motivó la queja individualizada según registro del Tribunal como C 520, L. XXI, en la que he dictaminado en el día de la fecha. Al propiciar en dicha presentación directa acoger favorablemente la eximente de la obediencia debida, en mérito al grado de revista del imputado en la Policía de la Provincia de Buenos Aires, se torna abstracto el tratamiento del otro planteo por el cual fue concedida la apelación.

XI. *El recurso extraordinario de fs. 9460/9505 planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.040.*

La sentencia en consideración, también condenó al General (R) Ramón Juan Alberto Camps a 25 años de reclusión e inhabilitación absoluta perpetua, por considerarlo autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en sesenta y tres oportunidades (punto 8 del fallo) y al General (R.) Ovidio Pablo Riccheri a 14 años de reclusión e inhabilitación absoluta perpetua por considerarlo también autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en 20 oportunidades (punto 10 del fallo).

Contra tal pronunciamiento el defensor oficial interpuso recurso extraordinario a fs. 9460/9507 el que fue concedido por el *a quo* a fs. 9708/9710 sólo en punto a la tacha de inconstitucionalidad vertida en relación a la ley 23.040.

La finalidad de la apelación, es obtener mediante la descalificación de la ley referida, la plena validez de la llamada "Ley de Pacificación Nacional" N° 22.924.

El tema propuesto ya fue analizado por este Ministerio Público en el punto I del dictamen que emitiera *in re* C. 895, L. XX, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Ar-

madras en cumplimiento del decreto 158/83 del PEN", en la que dictara sentencia el Tribunal, con fecha 30 de diciembre de 1986.

En el precedente apuntado, abordé, tres cuestiones al respecto a saber: 1º) si el órgano legislativo carecía de facultades para anular o declarar inconstitucional una ley, o si ello era tarea propia y exclusiva del órgano judicial; 2º) si la declaración de nulidad de la ley de amnistía conculcaba el art. 18 de la Constitución Nacional; y 3º) si la retroactividad de la aplicación de la ley 23.040 vulneraba derechos irrevocablemente adquiridos, contrariando la garantía consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional.

Atento los temas propuestos, al igual que la causa precitada, estimo que los agravios suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento en la instancia extraordinaria, por lo cual, el recurso ha sido bien concedido, resultando procedente desde el punto de vista formal.

En cuanto al fondo del asunto, es mi parecer, que la sentencia recurrida debe confirmarse en este aspecto, en mérito a los fundamentos desarrollados en el dictamen referido, conforme a los cuales, la ley 23.040 no se halla en pugna con cláusula constitucional alguna, a los que me remito en homenaje a la brevedad, como a los que, en igual sentido, ilustran los votos de los Ministros del Tribunal (doctor don José Severo Caballero, considerandos segundo a noveno; doctor don Augusto César Belluscio, considerandos segundo a séptimo; doctor don Carlos S. Fayt, considerandos décimo primero y décimo cuarto; y don Enrique Santiago Petracchi y don Jorge Antonio Bacqué, considerandos segundo a octavo).

XII. *Conclusión.*

En virtud de lo expuesto, opino que deberá revocarse el pronunciamiento recurrido en cuanto no acogió la eximente de obediencia debida con relación al Cabo Norbero Cozzani y confirmarse en los restantes aspectos que han sido materia de agravio. Buenos Aires, 6 de mayo de 1987. *Juan Octavio Gauna.*

Suprema Corte:

Se me confiere vista de diversos planteos articulados en esta causa, tendientes a que se declare la inconstitucionalidad de la ley n° 23.521, cuya aplicación V.E. está llamada a efectuar a tenor de lo dispuesto en el art. 3 de la citada ley.

En la medida en que los peticionantes pudieran encontrarse legitimados de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal en las causas F. 296, L. XX, "Fernández Meijide, Pablo s/averiguación", sentencia del 22 de agosto de 1985 y C. 895, L. XX, "Causa 13/85 originariamente instruida por el Consejo Supremo de las FFAA" fallo del 30 de diciembre de 1986, paso a expedirme sobre los antedichos planteos.

I

En punto a la invocada invasión de la esfera de facultades propias del Poder Judicial, se aduce que habría un avance del Poder Legislativo que procuraría sustraer de la jurisdicción de los jueces a determinado personal militar sometido a proceso, o que pudiera llegar a estarlo, limitando así la función específica del Poder Judicial. Se añade que esta ley determinaría cómo ha de aplicarse la eximente de obediencia debida en casos concretos, lo que no sería admisible.

Esa afirmación, sin embargo, no viene acompañada de una cabal demostración de los fundamentos por los cuales se considera que ha habido una tal ingerencia del legislador en el ámbito propio de la tarea jurisdiccional.

Al punto que un criterio de esta naturaleza, extremadamente dogmático en sus asertos, habría de conducir sin duda a una virtual paralización de la actividad legislativa, ya que siempre las leyes significan establecer los límites dentro de los cuales debe ejercerse la potestad de los jueces para resolver los conflictos que a ellos se someten. Está en la esencia misma de la ley el trazar los senderos

normativos que los magistrados deben transitar en el juzgamiento de los casos traídos a su decisión.

Y dueño el legislador, como es, del derecho aplicable, puede variar su contenido íntegramente, o bien, fijar el sentido de las normas que hubo dictado, estableciendo así, preceptos interpretativos que no hacen más que complementar aquéllas y explicitar sus alcances para que, de ese modo, se preserve la intangibilidad del mandato legal como expresión de la genuina voluntad de los representantes del pueblo de la Nación.

No hay en ello anomalía de ninguna especie, sino, por el contrario, una clara manifestación de la separación de poderes contenida en nuestra Constitución y que se sintetiza en la acabada fórmula de su art. 1º, complementada aquí con las concretas atribuciones del artículo 67.

Dicho de otro modo, la ley sólo es lo que el juez dice que es, cuando su falta de claridad lo permite y justifica. Más precisamente, en el marco del riguroso respeto del sistema republicano de la división de poderes, es siempre el legislador el que dicta la norma y el juez el que la aplica respetando los principios interpretativos que guardan de evitar que pueda desnaturalizarla o soslayarla, salvo, obviamente, que medie la declaración de inconstitucionalidad.

Pero ésta, no es menos obvio y elemental, debe versar sobre el fondo de la interpretación, jamás sobre la potestad interpretativa en sí misma. Por eso, la postura del recurrente no sólo no implica la defensa del Poder Judicial presuntamente avasallado por el Poder Legislativo sino que, por el contrario, traduce la pretensión de producir el avasallamiento de éste por aquél.

La ley que nos ocupa no tiende a excluir el procesamiento de los responsables, ni a vulnerar la debida jurisdicción, sino a evitar el propio desgaste jurisdiccional que se consume al someter o mantener en proceso a quienes, de modo claro y expreso tal como se interpreta, están *ab initio* desincurados o eximidos objetivamente de responsabilidad respecto de los hechos criminosos que se juzgó, según lo hubo señalado en mi dictamen del 6 de mayo del corriente

año, en esta misma causa (S.C., C. 547, L. XXI). Máxime cuando ese inútil desgaste significa, igualmente, la lesión al derecho de quienes desde el comienzo del proceso se saben amparados por una eximente expresa del Código de Justicia Militar.

De otro lado, frente a la interpretación precisa de la norma de que se trata, el juzgador no tiene movimiento alguno y por ende se torna razonable y conveniente el imperativo legal de su inmediata aplicación.

Por otra parte, la norma legal no supone en modo alguno sustraer de los jueces las causas en las que intervienen, ni afecta la tarea de juzgar acerca de la eximente de obediencia debida. Tal aserto proviene de un manifiesto error en cuanto a la naturaleza de esta última.

En efecto, tal como señalé al dictaminar en la causa principal de estas mismas actuaciones, esa eximente tiene un alcance netamente objetivo; no depende en modo alguno de una valoración judicial acerca de las cualidades perceptivas del sujeto actuante; no se confunde con el error de hecho ni de derecho ni menos aún con la coacción que pueda ejercerse sobre el sujeto. Nada impide examinar la incidencia o coincidencia de estos aspectos, pero en cualquier caso se trata de elementos claramente separables de la aplicación de la eximente de obediencia debida, que no deben confundirse con ella y que no son relevantes para su configuración (conf. Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", Tomo I, TEA, Buenos Aires, 1970, p. 261; Rodríguez Devesa, José María "La obediencia debida en el Derecho Penal Militar", en Revista Española de Derecho Militar, Nº 3, Madrid, 1957, p. 32).

Dicha eximente, *per se* implica un desplazamiento de la responsabilidad penal del ejecutor de las órdenes a quien las impartiera, de modo tal que para el primero, opera de manera similar a una causa de justificación, porque excluye el reproche penal a su respecto, desplazándolo al segundo. Ese desplazamiento se produce *ope legis*, es decir, la operatividad de la eximente de obediencia debida, insisto, no depende de un análisis acerca de las cualidades subjeti-

vas o perceptivas de quien ha obrado en esa circunstancia. Depende, en cambio, de un examen de las normas vigentes del cual habrá de resultar si existía el deber de obediencia y, en su caso, los alcances de éste.

La ley de que se trata no hace más que precisar los términos de la norma en vigencia al momento de los hechos, que regulaba la aplicación de la eximente, esto es el art. 514 del C.J.M., poniéndola en correlación exacta con aquellas otras que establecían los alcances del deber de obediencia en ese mismo momento (vgr. arts. 667, 674 y 675, entre otros, del mismo Código).

Esta precisión se efectúa de un modo genérico y abstracto, como corresponde que se expida el legislador, y al proceder de esa manera, éste no transgrede norma constitucional alguna, toda vez que, así como pudo en 1951 dictar el Código de Justicia Militar vigente al tiempo de los hechos que se juzga, en uso de las mismas atribuciones, ha venido ahora a preservar el sentido genuino de aquellos preceptos legales, en circunstancias en que una inteligencia equívoca o disímil de ellos podría comprometerlo.

De tal suerte, no sólo se preserva el sentido de la norma contenida en el art. 514 del Código de Justicia Militar en su formulación originaria, sino que se unifican los criterios de aplicación de la misma sobre la base de dos parámetros objetivos: la ubicación en la escala de mandos del personal militar mencionado en el art. 1º de la ley y el desempeño de ciertas funciones específicas de comando.

Las pautas interpretativas así trazadas por el legislador importan colocar en la misma situación a quienes se encontraban en las mismas circunstancias, definiendo para ello categorías abstractas en función de los indicadores objetivos antes mencionados. Es decir, se ajusta la inteligencia del texto legal al principio consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Por último, no cabe olvidar que las leyes aclaratorias o interpretativas desde antaño han sido reconocidas por V.E. en ese carácter, y si alguna cuestión pudo plantearse a su respecto, no fue por

cierto el de su eficacia constitucional, sino, en todo caso, lo concierne a su aplicación temporal (vgr. ver Fallos: 285:447, entre otros). Pero este último aspecto no ha suscitado aquí agravio alguno, ni podría sustentarlo, en la medida que no se altera el texto originario ni se agrava la situación de los procesados, de modo que no se afecta la garantía del Art. 18 de la Constitución Nacional; por el contrario, jugaría en el caso el principio de larga tradición jurídica en nuestro medio que recepta el Art. 2 del Código Penal.

II

Se afirma también en el recurso que el Art. 3º de la ley 23.521 afectaría la división de poderes porque atribuye los efectos previstos por el Art. 252 bis del Código de Justicia Militar al silencio del tribunal en el plazo que allí se establece para que éste se expida, a pesar de que dicha disposición alude a un “auto fundado”.

Al razonar de este modo se olvida, sin embargo, que la remisión apuntada tiene por único objeto fijar los efectos resultantes—dentro de las respectivas causas— de la declaración que ha de emitir el tribunal en relación al personal militar comprendido en los supuestos que describe el Art. 1º de la ley 23.521. Los fundamentos en virtud de los cuales se operan esos efectos, es decir, la inexistencia de mérito suficiente para mantener el procesamiento, surgen palmariamente de la verificación de los datos objetivos que la propia ley indica y en razón de los cuales cobra virtualidad la exigente de obediencia debida contemplada en el Art. 514 del Código de Justicia Militar.

Tampoco en este aspecto, pues, se afecta el principio constitucional de separación de poderes. A lo que cabe agregar que esa manifestación tácita del tribunal sólo se opera cuando existen en la causa los elementos necesarios al efecto, pues en caso contrario, el mismo Art. 3º contiene una previsión específica en su último párrafo.

III

Otro de los agravios constitucionales que expresan los recurrentes es el referido a la presunta violación de la garantía de la igualdad ante la ley. Lo fundan en las razones que siguen: (a) implicaría la ley un privilegio para un sector de las Fuerzas Armadas: los que cometieron crímenes, dado que no alcanza al resto de sus integrantes inocentes o culpables de otros delitos; (b) se restringen y nulifican los derechos que el sistema constitucional reconoce a las víctimas de delitos, y se beneficia y privilegia a los victimarios, excluyéndose de la punibilidad ciertos delitos, a la par que se incluye, absurdamente, otros de menor entidad; y (c) hay una manifiesta desigualdad respecto de los civiles.

La primera de las razones (acápito 'a') es nítidamente infundada desde que la norma del Art. 514 del Código de Justicia Militar, que la ley interpreta en sus alcances, es un precepto general que regula la eventual conducta de todos los militares que, en grado de subordinación, tuvieren que realizar, en virtud de la obediencia, acciones de servicio que significaran la comisión de un delito. Esta regulación no efectúa distinción de ninguna índole, ya que carecería de sentido suponer que la hay cuando sólo se está ante el lógico hecho de no serle aplicable a quienes, por no haber tenido que cumplir órdenes de tales consecuencias, escapan al encuadre del precepto.

Pero, además, no es de menor obviedad, esta presunta razón sólo podría invocarla aquel que concretamente se sintiese afectado por la supuesta desigualdad que surgiría, a su juicio, de su exclusión de la ley, extremo que no se da en el caso.

No es menos infundada —y, por ende, no me extenderé al refularla— la argumentación del acápito (b), toda vez que se apoya en la supuesta impunidad de ciertos delitos, situación que en modo alguno acontece, ya que el Art. 514 no desafecta de su rigurosa punibilidad delito ninguno, incluidos desde ya los de tormentos y homicidio. Tal cosa no puede inferirse en absoluto de la circunstancia de fijar sólo la responsabilidad de su comisión en la persona del su-

perior que dio la orden a través de la cual dichos delitos se consumaron, impidiendo la extensión de esa responsabilidad a quienes en razón de la obediencia debida están eximidos de ella.

En cuanto a la manifiesta desigualdad que se aduce con relación a los civiles, los claros principios jurisprudenciales de V. E., que para avalar otros aspectos de su planteo los propios apelantes invocan, son terminantes para desestimarla, porque como siempre ha dicho V. E. “la garantía de la igualdad se lesiona si se trata de manera diversa a los que se encuentran en idénticas condiciones. El trato diverso es constitucional cuando las situaciones, las circunstancias, son disímiles” (Fallos: 305:868, entre tantos otros), y es diáfano, innecesitado de demostración, que es disímil la condición de la vida castrense respecto de la vida civil, a lo que cabe añadir que, en todo caso, la pretensión de que no lo sea brilla en el escrito de marras por su ausencia.

IV

Dos argumentos substanciales se pretende hacer valer en punto a la aducida vulneración del Art. 28 de la Constitución Nacional: (a) que el concepto de la obediencia ciega da por tierra con los derechos “también” amparados en la Constitución Nacional de los particulares damnificados y víctimas; (b) que no puede regir en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no es válido considerar a las personas sin posibilidad de discernir cuando se delinque.

Respecto del primer argumento restaría decir que de los propios términos de su enunciación, no fluye más que la verdad de un principio incuestionable, cual es el que sostiene que los derechos de una persona terminan cuando empiezan los de los demás.

En el *sub examine*, justamente, eso es lo que acontece, toda vez que los legítimos derechos que invocan los recurrentes —legítima defensa, debido proceso— tienen en la causa el límite de no poder avasallar los igualmente legítimos derechos de quienes se hallan alcanzados por la eximente en cuestión.

En cuanto al segundo argumento (b), cabe remitir, ante todo, a lo expuesto en mi anterior dictamen en esta causa (C. 547, L. XXI, de fecha 6 de mayo de 1987), en lo concerniente a los alcances y fundamentos del deber de obediencia en el ámbito militar y su incidencia como eximente de responsabilidad penal. Nada de lo poco que se dice al respecto en el escrito que motiva la vista, conmueve los argumentos que en esa oportunidad expuse, de los cuales, cabe observar, no se han hecho cargo los ahora peticionantes.

Tan sólo corresponde remarcar una vez más que el sistema de obediencia irrestricta que consagra el Art. 514 del Código de Justicia Militar de 1951, vigente al tiempo de los hechos y del cual esta ley no es más que un desarrollo explicativo de su concepción original que el legislador ha estimado hoy pertinente formular; ese sistema, digo, por encima de las discrepancias de diversa índole que pudiera suscitar en torno a su acierto o conveniencia, no da pie a objeción alguna con base constitucional.

De todos modos, no cabe silenciar que objeciones de esa naturaleza requerirían una acabada y debida fundamentación que dista de satisfacerse con la sola indicación de opiniones diversas sobre los alcances de la eximente, o de regímenes que consagran otros principios distintos a los que, aplicables en la causa, estatuye el Código de Justicia Militar.

En este sentido tiene dicho reiteradamente V.E. que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerada *última ratio* del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 294:383, entre otros); así como que no podría basarse en apreciaciones acerca del mérito o conveniencia de las leyes, pues no corresponde a los tribunales de justicia sino al Congreso considerar tales aspectos (cf. Fallos: 293:163).

V

Los restantes agravios pueden reducirse a los ya considerados e, igualmente, carecen de entidad para sustentar la petición de que se trata.

Así ocurre con la alusión al Art. 17 de la Constitución Nacional, ya que no podrían los peticionantes aducir un supuesto “derecho adquirido” a que se mantenga el procesamiento de otras personas, en tanto éstas se hallan amparadas por un legítimo derecho a que se las excluya de un proceso por aplicación de una eximente objetiva.

No se puede aquí dejar de advertir que en todo este complejo y doloroso problema —que en esta instancia no puede ser tratado sino desde el prisma estrictamente jurídico— pareciera que en virtud de condicionantes ora sensitivos, ora políticos, pero siempre extra-jurídicos, las partes afectadas por los graves hechos de que fueron sujetos pasivos, confunden de modo invariable el concepto legal de “delincuente”, como si éste de manera indefectible debiera identificarse siempre con el sujeto que lleva a cabo una acción descripta por alguna figura penal, sin tomar en cuenta el dato decisivo de la incidencia de las causales que aparecen enunciadas, en el Art. 34 del Código Penal, de la que es consonante, en el caso específico, la comprendida en el Art. 514 del Código de Justicia Militar.

Por las razones expuestas, es mi parecer que corresponde desestimar los planteos de inconstitucionalidad articulados. Buenos Aires, 18 de junio de 1987. *Juan Octavio Gauna.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de junio de 1987.

Vistos los autos: “Causa incoada en virtud del decreto 280|84 del Poder Ejecutivo Nacional”, por los señores jueces que integran el Tribunal, reunidos en el día de la fecha en acuerdo extraordinario emitieron éstos los votos que a continuación se transcriben:

El Presidente del Tribunal doctor don José Severo Caballero y el señor Ministro Decano doctor don Augusto César Belluscio dijeron:

Considerando:

1º) Que las presentes actuaciones llegan a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por las

partes a fs. 9382|9402 vta., 9427|9459 vta. y 9460|9507 vta., contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, mediante la cual se condenó a Ramón Juan Alberto Camps a las penas de veinticinco años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, y accesoria de destitución, por ser autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en 73 oportunidades; a Ovidio Pablo Riccheri a las penas de catorce años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales y accesoria de destitución, por ser autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en 20 oportunidades; a Miguel Osvaldo Etchecolatz a las penas de veintitrés años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, y accesorias legales, por ser autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en 91 oportunidades; a Jorge Antonio Bergés a las penas de seis años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua y accesorias legales, por ser coautor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en dos oportunidades, y a Norberto Cozzani a las penas de cuatro años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua y accesorias legales, por ser autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en 4 oportunidades; y absolvió a Luis Héctor Vides y a Alberto Rousse en relación a los delitos por los cuales fueron acusados por la fiscalía.

2º) Que el remedio federal impetrado por las defensas de Bergés, Camps y Riccheri, fue concedido únicamente respecto del planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.040. Por el mismo agravio, y en cuanto a la interpretación del art. 514 del Código de Justicia Militar, se admitió el recurso interpuesto por la defensa de Cozzani, originándose las respectivas quejas por las demás cuestiones planteadas, y por las denegaciones de los recursos extraordinarios de fs. 9403|9407, 9408|9426 y 9561|9566 deducidos por el Fiscal de Cámara, por la defensa de Etchecolatz, y por el apoderado de los particulares damnificados.

3º) Que el procesado Norberto Cozzani, por su propio derecho, a fs. 9911, desistió parcialmente del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del *a quo*, sólo respecto de la aplicación e interpretación de la eximente de obediencia debida prevista en el art. 514 del Código de Justicia Militar, lo que se tuvo presente.

4º) Que el agravio de las defensas técnicas de los procesados Bergés, Cozzani, Camps y Riccheri referente a la inconstitucionalidad de la ley 23.040, en cuanto deroga a la ley del gobierno de facto 22.924, que amnistiaba hechos del tenor de los que se atribuyen en este proceso, remite al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las que esta Corte tuvo oportunidad de analizar y resolver en la causa C. 895. XX., “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del P.E.N.”, el 30 de diciembre de 1986. En efecto, los defensores han planteado la inconstitucionalidad de la ley 23.040 por entender que lesiona el principio de la irretroactividad de la ley penal más benigna y garantías individuales consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional; como así también que agrede la división de poderes y el mantenimiento de la seguridad jurídica, desconociendo derechos adquiridos, y la autoridad de la cosa juzgada. Además, sostienen que los efectos de la ley mencionada no pueden ser extemporáneamente quitados por cuanto el beneficio adquirido por la amnistía es irrevocable y que cualquier derogación posterior conculca el art. 31 de la Carta Fundamental. Por último, entienden que la ley 22.924 debe aplicarse por ser ultraactivamente más benigna, pues de lo contrario se viola el art. 18 de la Constitución Nacional; a la vez que arguyen que el Poder Legislativo ha invadido la esfera del Poder Judicial vulnerando los arts. 18, 67 y 100 de la Constitución Nacional, ya que el Congreso no tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

5º) Que la cuestión planteada ha sido decidida, en el fallo citado en el considerando anterior, en sentido contrario a las pretensiones de los recurrentes (ver especialmente, considerandos 3º a 9º del voto del Juez Caballero, 3º a 7º del voto del Juez Belluscio, 12 a 14 del voto del Juez Fayt, y 3º a 8º de la disidencia de los Jueces Petracchi y Bacqué), por lo que corresponde remitirse a lo allí resuelto.

6º) Que con posterioridad al dictado de la providencia de “autos” en esta causa, se sancionó la ley 23.521 que establece la presunción *juris et de jure* de no punibilidad por los delitos a los que se refiere el art. 10, punto 1º, de la ley 23.049, para quienes a la fecha de

comisión de los hechos revistaban en los grados señalados en el art. 1º de la ley 23.521, por haber obrado en virtud de obediencia debida, como así también para los oficiales superiores que no se hubiesen desempeñado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, siempre que no hubieren tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes.

7º) Que Stella Maris Ageitos y Norma Susana Maratea se presentaron espontáneamente ante el Tribunal, y solicitaron que se declarase la inconstitucionalidad de la ley 23.521. Lo mismo hizo el apoderado de los particulares damnificados, doctor Horacio Santiago Rebón —quien oportunamente había interpuesto el recurso extraordinario y la pertinente queja— manifestando que la nueva norma significa una limitación al Poder Judicial y un avance del Poder Legislativo sobre aquél, a la vez que vulnera la división de poderes y los derechos amparados por la Constitución Nacional en los arts. 1º, 14, 16, 18, 33, 67, 95, 97, 100 y 101. De tales presentaciones se corrió vista a las defensas, que pidieron que se destimasen los planteos.

8º) Que al fallar el 22 de agosto de 1985 la causa F. 295. XX. “Fernández Meijide, Pablo s/averiguación por privación ilegítima de la libertad”, el Tribunal afirmó que en las causas seguidas en virtud del art. 10 de la ley 23.049, los particulares damnificados se encuentran sometidos a las normas de procedimiento que establece el Código de Justicia Militar, por lo que no pueden solicitar a los jueces más de lo que hubieran podido requerir al tribunal castrense, esto es, conforme a los arts. 100 bis y 146 de ese cuerpo legal, indicar medidas de prueba, solicitar que se les notifique la sentencia o la radicación de la causa en la Cámara Federal, y en la medida en que cumplieran con este último requerimiento, interponer el recurso previsto por el art. 445 bis ante la Cámara Federal. Esta Corte, asimismo, consideró que podrían pedir que se los notificase de la sentencia a dictarse, lo que importaría su legitimación para recurrir ante ella por la vía del art. 6º de la ley 4055, de mediar razón para ello.

9º) Que, asimismo, las limitadas facultades de los particulares damnificados se precisaron aun más al decidir en la ya citada causa C. 895. XX., el 30 de diciembre de 1986, que la ausencia de la persona

particularmente ofendida por el delito no impide ni limita el poder de acción —que en el ordenamiento castrense está a cargo del fiscal— habida cuenta de que la intervención de aquélla no está equiparada a la del querellante —prevista en el Código de Procedimientos en Materia Penal— sino que, en cambio, es restringida y condicionada, y sólo la faculta para poder interponer el remedio federal en tanto y cuanto esté en condiciones de invocar derechos que personal y directamente le hubieran sido afectados (considerandos 62 y 63 del voto del Juez Caballero y 60 y 61 del voto del Juez Belluscio).

10) Que, conforme a ello, se advierte que, *prima facie*, los peticionarios carecen de legitimación para solicitar la inconstitucionalidad de la norma, por faltarles el interés personal, legítimo, específico y no genérico que la jurisprudencia del Tribunal requiere. No son los destinatarios de la supuesta discriminación, ni invocan la representación de terceros que pudieran serlo, ni tampoco es posible inferir —de acuerdo a las pautas expuestas en los considerandos precedentes— que para ellos exista agravio en el caso en concreto (Fallos: 258:255; 262:86; 263:545; 264:87; 268:200, 415; 290:502; 302:1666). Sin embargo, en virtud de que el apoderado Rebón ha planteado el recurso extraordinario que, denegado, originó la queja pertinente, y atento a que los arts. 3º y 5º de la ley 23.521 determinan la intervención y el pronunciamiento del Tribunal dentro de los breves plazos que fijan, corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad planteada por éste, ya que, además, la Corte Suprema está facultada para resolver sobre el fondo (art. 16, segunda parte, de la ley 48).

11) Que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. Esto es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de lograr la coordinación necesaria entre los distintos intereses, de modo que prevalezca el de la comunidad toda (causa R. 401. XX. “Rolón Zappa, Víctor Francisco s/jubilación”, fallada el 30 de setiembre de 1986). Cabe así recordar que no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado (Fallos: 251:21, 53; 293:163; 303:1029), sino que, antes bien, es misión de los jueces, en cumplimiento de su

ministerio, como órganos de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de aquéllos (confr. Fallos: 245:351; 255:330; disidencias de los Jueces Caballero y Belluscio en la causa S. 32. XXI. "Sejean, Juan Bautista c|Zaks de Sejean, Ana María s|inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393" fallada el 27 de noviembre de 1986).

12) Que el legislador tiene amplias potestades en cuanto a introducir cambios en las leyes, ya que la modificación de éstas no da lugar a cuestión constitucional alguna, ni existen derechos adquiridos a la simple inalterabilidad de las normas (Fallos: 256:235; 259:432; 267:247; 268:228; 275:130; 288:279; 299:93); sin perjuicio de las situaciones que se hubieran creado al amparo de éstas y que puedan merecer la protección constitucional directa, como derecho fundamental. En consecuencia, el Poder Legislativo puede, válidamente, como lo hace el art. 10 de la ley 23.521, establecer la no punición de determinados hechos delictivos, como ocurre precisamente con los delitos para los cuales crea exención de pena en virtud de considerar prevaleciente una condición negativa de punibilidad (por ejemplo, arts. 185, 232, 279 del Código Penal) fundada en la relación del autor con el hecho. Y esto es así, porque le está atribuido declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer o suprimir penas (Fallos: 11:405; 102:43; 207:261; 211:1670), como consecuencia de la facultad que le otorga la Ley Fundamental de dictar, entre otros, el Código Penal (art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional).

13) Que la ley 23.521 ha establecido una causa objetiva de exclusión de pena que funciona como excusa absolutoria y aparta toda consideración sobre la culpabilidad de la gente en la comisión de los delitos atribuidos que continúan siendo tales. Esa potestad proviene del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional en relación con el inc. 28, en cuanto faculta al Congreso de la Nación para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes a fin de poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación. No es entonces admisible el argumento de que la ley sustrae indebidamente de los jueces causas cuyo conocimiento les incumbe, ni tampoco el referente a que desconoce sus decisiones o las altera, habida cuenta de que las facul-

tades citadas del Congreso Nacional tienen, como se señaló, la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley persigue, cual es dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluya la punición o impida la imputación delictiva de quienes, a la fecha de la comisión de los hechos, tuvieron los grados que señala y cumplieron las funciones que allí se describen. Ello no resulta irrazonable si se atiende a que esta Corte ha declarado que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni implique un propósito de hostilidad o indebido privilegio; ya que la garantía de la igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, mientras las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas (Fallos: 298:286; 300:1084, entre otros).

14) Que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a esta Corte la mayor medida al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades, cuanto en el respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 302:457, 484; 303:625; 304:849, 1069).

15) Que, conforme a lo expuesto, y habida cuenta de que la evaluación de la conveniencia o eficacia de los medios arbitrados por el legislador para lograr los fines por él propuestos, es materia ajena al Poder Judicial, que juzga solamente la razonabilidad de dichos medios, esto es, si son proporcionados a los fines, y si media o no restricción constitucional a los derechos individuales (Fallos: 199:483; 300:642, 700), se debe declarar constitucional la ley 23.521 y, en tal virtud, aplicable en el presente caso, rechazándose la tacha de inconstitucionalidad pedida.

16) Que, en consecuencia, la condición objetiva de no punibilidad prevista en el art. 1º de la ley 23.521 ampara, —sin admitir prueba en contrario, las situaciones de los procesados Jorge Antonio Bergés —Oficial Principal Médico— y Norberto Cozzani —Cabo Primero— quienes fueron condenados como autores de los delitos a los que se refiere el art. 10, punto 1; de la ley 23.049, y actuaron como personal

de la Policía de la Provincia de Buenos Aires sometido al control operacional de las Fuerzas Armadas, razón por la que deben ser eximidos de pena atento al grado en el que revistaban y las funciones que cumplían al tiempo de los acontecimientos investigados. No obsta a ello el desistimiento de Cozzani ni su renuncia a la eximente de obediencia debida, ya que las garantías constitucionales instituidas en resguardo de la libertad, no son renunciables (doct. de Fallos: 253:253; Fallos: 279:283), ya que, por lo demás, la ley determina que la exención de pena se aplique de oficio (art. 3º). En consecuencia, corresponde revocar lo decidido por el *a quo* y dictar la absolución de los mencionados, disponiendo su inmediata libertad en la presente causa.

17) Que, sin embargo, fuera del supuesto objetivo del grado militar que excluye *juris et de jure* la punición, quedan excepciones con respecto al hecho, que sigue siendo punible para los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o para aquellos que, aún cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas. Corresponde así calificar a estos exceptuados de la impunidad como partícipes de los delitos de aplicación de tormentos que se prueben, en la medida y en los grados que establece el art. 45 del Código Penal. Hecha tal consideración, cabe analizar la situación de Miguel Osvaldo Etchecolatz, Comisario General de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y como tal, oficial superior de dicha fuerza, que no ejerció la jefatura de ésta, para determinar si se encuentra amparado en la causa objetiva de no punibilidad, que funciona como una excusa absolutoria integrada luego de la comisión de los hechos.

18) Que tal como se ha acreditado en esta causa, los hechos que se le imputan al justiciable pertenecen al modo ilegal con que se reprimió a la subversión terrorista establecido en la sentencia del *a quo*. La Cámara ha dado por acreditado, mediante prueba documental y testimonios prestados en la causa, que a los fines de la acción llevada a cabo por las Fuerzas Armadas para reprimir la subversión en las zonas de defensa que abarcaron la Provincia de Buenos Aires, se subor-

dinó operacionalmente su policía a los comandos militares de zona. Asimismo, se estableció en el fallo, que la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, a partir de marzo de 1976, estuvo bajo las órdenes directas del Comandante del Primer Cuerpo del Ejército, y que tenía un ámbito de acción propio en la lucha antisubversiva. Dependía de esa Jefatura de Policía la Dirección General de Investigaciones, a cargo del procesado Etchecolatz. Así lo exponen coincidentemente Ramón Camps (fs. 207, 298, 2145 y 2165), Ovidio Pablo Riccheri (fs. 3152 y 4510) y el propio justiciable (fs. 2943 y 2996).

19) Que, se consignó que una de las vertientes de actuación de la Policía provincial estaba constituida por la Jefatura, la cual operaba primordialmente a través de la Dirección General de Investigaciones. A su vez, esta Dirección ejercía control sobre las Brigadas de Investigaciones y otros locales policiales donde se mantuvieron clandestinamente privadas de su libertad a personas de actividad presuntamente subversiva, y se tuvo por cierto que en estos ámbitos se llevaron a cabo los hechos que se les atribuyen a los procesados. Tales lugares de detención fueron: Coty Martínez; Brigada de Investigaciones de La Plata; Area Metropolitana de Bánfield; Brigada de Investigaciones de San Justo; Puesto Vasco, Brigada de Investigaciones de Quilmes y Brigada de Investigaciones de Arana.

20) Que, si bien el *a quo* tuvo por acreditado que en estos ámbitos policiales se aplicaron tormentos, debe tenerse en cuenta que de las declaraciones de Camps (fs. 2145), Riccheri (fs. 3152) y Etchecolatz (fs. 2943), como así también de los dichos de Alberto Menichini (fs. 4250/4253), Roberto Ramón Bustos (fs. 4180/4182), Oscar Antonio Pena (fs. 4180/4182), Gerónimo Balmaceda (fs. 4726), Roberto Cabrera (fs. 2038/2059), Pedro Alberto Ceballos (fs. 2204/2216), Rubén Oscar Páez (fs. 4026), Máximo Leonardo Senopoli (fs. 4263), Bernabé Jesús Corrales (acta mecanografiada fs. 329), Bruno Trevisan (fs. 4245), Rubén Joaquín Sánchez (fs. 4078), y Juan Miguel Wolk (fs. 4071), entre otros, se infiere que en esos sitios existían zonas denominadas "áreas restringidas" donde eran alojados los sospechosos de actividades subversivas, a las que no tenían acceso los elementos policiales, y sí —sólo y exclusivamente— las fuerzas militares.

21) Que, según se acreditara en el considerando 12 de la causa C. 895 ya citada, se otorgó a los cuadros inferiores del Ejército una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran como vinculados a actividades subversivas, disponiéndose que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio.

22) Que en el período comprendido entre el 13 de enero de 1976 y el 18 de febrero de 1979, ejerció la comandancia del Primer Cuerpo del Ejército, el General de División Carlos Guillermo Suárez Mason, según lo informado por dicha fuerza (fs. 3840). Del mismo modo, se probó que los generales Ramón J. A. Camps y Ovidio Pablo Riccheri estuvieron respectivamente a cargo de la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, desde el 26 de abril de 1976 al 12 de diciembre de 1977 y desde el 15 de diciembre de 1977 al 15 de diciembre de 1980, en aquel entonces ambos con el grado de Coronel (ver informes de fs. 3595/3601). Por último, se halla acreditado que el Comisario General Miguel Osvaldo Etchecolatz se desempeñó como titular de la Dirección General de Investigaciones desde el mes de mayo de 1976 al 31 de enero de 1979, y nunca como jefe o subjefe de la policía provincial.

23) Que los elementos probatorios reunidos en la causa permiten sostener inequívocamente que Etchecolatz recibió órdenes de los co-procesados Camps o Riccheri —según la fecha de cada suceso— en el carácter de Jefes de Policía, quienes a su vez las recibían del Comandante del Cuerpo I de Ejército, bajo cuya subordinación estaba la Policía de la Provincia de Buenos Aires. En tal sentido, la sentencia le reprocha haber transmitido las órdenes a personal bajo su dependencia en su calidad de Director General de Investigaciones. Empero, con relación a la nueva ley 23.521, la prueba acerca de su capacidad autónoma de decisión o su participación en la elaboración de las órdenes vinculadas a los tormentos, que involucraban *ab initio* la comisión de los delitos objeto de este juicio, resulta insuficiente. En efecto, aunque el procesado hubiera conocido los hechos que se cometían en los locales policiales que, sometidos a su control, tenían

“áreas reservadas” a la actuación militar exclusiva (considerando 20) el nombrado no pasó de ser un mero ejecutor de órdenes que se impartían desde las más altas esferas del poder militar, sin que estuviera a su alcance decisión de fondo alguna para impedir las. En tal sentido ha quedado establecido inequívocamente que el citado se hallaba subordinado operacionalmente a la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, cuya comandancia estaba a cargo inicialmente del Coronel Camps y luego de Riccheri, y que estaba en su función el retransmitir las órdenes dadas, lo que de por sí no autoriza para concluir con plena certeza en que además de cumplir aquella función, desde la óptica de la nueva ley 23.521, poseyera capacidad decisoria o participación en la elaboración y ejecución de aquéllas.

24) Que, por ello, la situación del justiciable en modo alguno puede ser equiparada a la de los militares que tuvieron la máxima jerarquía dentro de la institución policial —Camps y Riccheri— por lo que, a pesar de su alto grado, cabe incluirlo en la condición objetiva de no punibilidad establecida *juris et de jure* en el art. 1º, segundo párrafo de la ley 23.521, que modifica la ley 23.049 reformadora del Código de Justicia Militar, permitiendo que los límites de la obediencia debida, abarquen la situación del condenado. Por lo demás, en el caso concreto, la solución legal no deja impunes los delitos juzgados, sino que varía el centro de imputación hacia otros sujetos, que en una considerable porción de los casos han respondido penalmente, verbigracia los ex Comandantes en Jefe —en particular de la Fuerza Ejército— como partícipes necesarios para su comisión. En razón de tales consideraciones debe revocarse la sentencia y se absolverá a Miguel Osvaldo Etchecolatz por los delitos que le han sido atribuidos, disponiéndose su libertad en la presente causa.

25) Que a la luz de las consideraciones precedentes, se torna abstracto el tratamiento de los demás agravios que traen las defensas de los procesados Bergés, Cozzani y Etchecolatz en los recursos de queja.

26) Que, conforme al art. 1º, segundo párrafo, de la ley 23.521, que excluye de la aplicación de la presunción *juris et de jure* de no

punibilidad a los Oficiales Superiores que hubieran revistado como Jefe de Fuerza Policial, las situaciones procesales de Ramón Juan Alberto Camps y Ovidio Pablo Riccheri no encuentran amparo en la citada disposición legal, sancionada con posterioridad al llamado de autos. Entonces, deben analizarse las quejas de sus defensores, referentes a la responsabilidad que el *a quo* atribuyó a los procesados.

27) Que, como surge del fallo, los nombrados ocuparon en forma sucesiva y en los períodos ya mencionados en el considerando 22), la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, que actuó subordinada operacionalmente en forma directa al Primer Cuerpo de Ejército (Zona de Defensa I), hallándose dentro de la cadena de mandos en un lugar intermedio. Retransmitían las órdenes que recibían del Comandante del Primer Cuerpo de Ejército hacia la Dirección General de Investigaciones, pero quedaba librado a su poder de decisión la forma de llevar a cabo los procedimientos (confr. declaraciones de Camps (fs. 14/37, 207/250, 298/303, 2145/2156 y 2165/2200) y Riccheri (fs. 3152/4510).

28) Que, al ser ello así, y dada su jerarquía en la cadena de mandos, los procesados contaron con capacidad para emitir directivas a sus subordinados y manejo efectivo sobre la fuerza de seguridad, a los fines de la lucha antiterrorista. Por ello ejercieron control a través de esa línea jerárquica sobre los lugares donde clandestinamente se mantenía en cautiverio a personas presuntamente subversivas que fueron sometidas a tormento. Al respecto resultan eficaces las declaraciones de los generales Camps y Riccheri (fs. citadas) que señalan las facultades que poseían sobre el personal policial que se desempeñaba en las Direcciones Generales de Investigaciones, Inteligencia y Asuntos Judiciales; y el convenio suscripto entre Camps y el comando de la subzona de Capital Federal, con el fin de establecer el procedimiento de "área libre" (fs. 569), del que se infiere —como lo destacó el *a quo*— que el Jefe de Policía, en la estructura de la lucha contra la subversión, poseía jerarquía análoga a la de Jefe de Subzona. También revisten trascendencia los términos de la Orden de Operaciones 9/77 del Comando Zona I que tuvo vigencia en el último período de la Jefatura de Camps y en el comienzo de la de Riccheri, de los que surge claramente que la Jefatura de Policía

estaba bajo el control operacional de la Zona I, y que los delincuentes subversivos detenidos por orden del Jefe de Policía permanecían a disposición de éste mientras así lo decidiera (ver puntos 3 b.1 y 10). Dicha acta también determina que cuando los Comandos de Subzona requirieran la utilización de elementos pertenecientes a las Brigadas de Investigaciones o Delegaciones de la Dirección de Investigaciones, debían gestionar el apoyo pertinente ante la Jefatura de Policía (punto 5).

29) Que, sobre esa base, cabe señalar que los procesados prestaron una colaboración indispensable para la ejecución de las órdenes ilícitas, sin la cual los hechos delictivos no se hubiesen cometido. Por ello, resulta evidente que por remisión a través del art. 513 del Código de Justicia Militar, la responsabilidad de los acusados lo será en calidad de partícipes necesarios conforme al art. 45 del Código Penal, norma que permite la ampliación de la participación en el delito que se les reprocha, y que coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, denominando cómplices a los que realizan cualquier otra acción previa o concomitante, fuera del marco de la ejecución (C. 895. XX, considerando 17, del voto del Juez Caballero, y considerando 15 del voto del Juez Belluscio). En razón de ello corresponde modificar la calificación realizada por el *a quo* y mantener la responsabilidad de los procesados, lo cual ha sido acreditado suficientemente por el sentenciante. En consecuencia, no se advierte la tacha de arbitrariedad planteada por la defensa.

30) Que, asimismo, el defensor oficial se agravia por la supresión de la doble instancia y la nulidad del proceso respecto del General Ricchieri, afirmando que la Cámara se evocó al conocimiento de la causa y ordenó que se lo procesara sin que se hubiera dictado el decreto presidencial previo, con lo que dejó de lado el art. 179 del Código de Justicia Militar. Tal planteo resulta improcedente por carecer de fundamentación suficiente, ya que el recurrente no se hace cargo del argumento que el *a quo* tuvo en cuenta para ejercer su jurisdicción en el caso, referente a que los hechos atribuidos al procesado se encuentran comprendidos en el art. 10 de la ley 23.049 —cuya constitucionalidad fue reconocida por esta Corte— que establece que para tales supuestos no será necesaria la orden presidencial de pro-

ceder a la instrucción del sumario, y que las actuaciones correspondientes se iniciarán por denuncia o prevención. Por lo demás, el agravio atinente a la violación del derecho de defensa en juicio por falta de una doble instancia también resulta inadmisibles, pues, si bien ésta no puede suprimirse arbitrariamente cuando el legislador la ha establecido, en la especie es la propia ley 23.049 la que otorga facultades de avocación a las Cámaras Federales, posibilidad que el *a quo* ha ejercido en el caso sobre la base de sus circunstancias fácticas y de la aplicación de normas procesales, puntos cuya revisión no incumbe a esta Corte por la vía intentada (causa I. 57. XXI. "CONADEP s/denuncia", fallada el 3 de febrero de 1987).

31) Que también resulta inadmisibles la queja presentada en cuanto tacha de arbitraria la sentencia por haber dado por acreditada la existencia de órdenes ilegales retransmitidas por los procesados a sus subordinados. En efecto, 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 fundarlo (confr. el considerando 51, del voto del Juez Caballero y el 49, del voto del Juez Belluscio en la causa C. 895. XX., fallada el 30 de diciembre de 1986).

32) Que, asimismo, el señor Defensor Oficial se agravia por la valoración de los elementos de prueba referentes a los casos números 98 —Aída Celia Sanz Fernández—; 105 —Alfredo Moyano—; 124 —Guillermo Sobrino Berardi— y 130 —Erlinda María Vázquez Santos—. Respecto de los casos nros. 98 y 124, la defensa sostiene que el *a quo* omitió el tratamiento de pruebas de descargo, esto es, los testimonios de quienes afirmaron que el personal que supuestamente aprehendiera, interrogara y torturara a ciudadanos uruguayos eran militares de esa nacionalidad; y que, en consecuencia, no se hallaba probado que en el lugar donde las víctimas fueron presuntamente torturadas ejerciera su autoridad la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Empero, el conjunto de elementos que condujo al *a quo* a formular las conclusiones que contiene el fallo, permiten dejar de lado los argumentos expuestos por la defensa, que sólo traducen su discrepancia sobre cuestiones de hecho y prueba y derecho común

y procesal propias de los jueces de la causa y ajenas —en principio— al conocimiento de la Corte Suprema por la vía del art. 14 de la ley 48. Tampoco se advierte la pretendida arbitrariedad habida cuenta de que en materia de selección y valoración de las pruebas, los jueces no están obligados a tratar una por una todas las producidas, sino que basta con que mencionen aquéllas que a su juicio sean decisivas para fundar la solución que adopten (Fallos: 300:535; 301:676, 919; 306:458).

33) Que, en cambio, corresponde hacer lugar a los agravios que la defensa plantea respecto del llamado caso n° 105. Es que si bien el *a quo* dio por probado que Alfredo Moyano fue víctima de tormentos mientras permaneció en cautiverio en Pozo de Quilmes, de los testimonios de Erlinda Vázquez de Zafiro y Alberto Illarsen Frugoni (fs. 15/22 del legajo 103 y fs. 19/25 del legajo 408) que tuvo en cuenta, no surge elemento alguno que permita realizar dicho aserto, toda vez que ni siquiera mencionaron haberlo visto en tal sitio, ni brindaron dato alguno que permitiera inferirlo. Al ser ello así, el *a quo* incurrió en afirmaciones que contrarían las constancias de la causa y vulneran el derecho de defensa, lo que descalifica a lo decidido sobre el punto con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (causas: A. 433. XX, “Alvarez, Alicia s/homicidio culposo en accidente de tránsito-Capital (Corrientes)”; A. 281. XX, “Aguilar, Jorge M. s/causa N° 27.840”; y P. 488. XX., “Ponzo de Glariá, Rosario Ramona s/apela multa”, falladas el 1° y el 22 de abril y el 19 de agosto de 1986).

34) Que también son admisibles las quejas vinculadas con el caso n° 130, pues para llegar a afirmar —sobre la base de los testimonios de la víctima, de Beatriz Lilian Bermúdez de Viegas, y de Oscar Luis Viegas (fs. 15/22, 5/7 y 8/11 del legajo 103)— que Erlinda María Vázquez Santos estuvo alojada en la Brigada de Investigaciones de Quilmes, donde fue víctima de tormentos físicos, el *a quo* consideró la prueba fragmentariamente, y prescindió de la visión de conjunto y de la necesaria correlación de los dichos entre sí; toda vez que Bermúdez de Viegas no refirió haber visto a Erlinda María Vázquez Santos en el Pozo de Quilmes, sino que, sólo después ya en libertad, se enteró por boca de ésta que había sufrido tormentos

mientras estuvo allí; y Viegas expresó haberla visto detenida, pero no torturada, habiéndose enterado de que no fue apremiada "porque era española". En tal virtud, fundado sólo en el testimonio de la damnificada, el fallo no es derivación razonada del derecho con aplicación a las constancias del proceso, y lesiona el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que cabe dejarlo sin efecto (causas: H. 62. XX. "Huber, Federico Alfredo s/estafa"; y Z. 3. XX. "Zaraboso, Luis s/estafa", falladas el 11 de febrero y el 24 de abril de 1986).

35) Que, finalmente, en lo concerniente al agravio vinculado con la autocontradicción que el señor Defensor Oficial endilga al pronunciamiento, cabe remitir a los términos del dictamen del señor Procurador General, que se pronuncia por la falta de fundamentación del plantel, y por ello, desestimarlos; bien entendido que el tribunal ha modificado la calificación de autores mediatos por la de partícipes necesarios (art. 45 Código Penal).

36) Que, por ello, toda vez que el *quantum* de la pena impuesta al procesado Ovidio Pablo Riccheri se estableció sobre la base de veinte hechos, y que en definitiva el nombrado ha de responder por dieciocho, cabe que esta Corte modifique su monto. Por lo demás, como atenuante, se valora el hecho de que durante su gestión declinó el sistema ilegal de represión del terrorismo.

37) Que a raíz de la denegación del recurso extraordinario que interpusiera la Fiscalía de Cámara contra la sentencia del *a quo*, el Ministerio Público dedujo el recurso directo mantenido por el señor Procurador General sólo respecto del caso n° 257 —Lidia Elba Papaleo de Graiver—, por el cual se absolvió a Alberto Rouse. El recurrente sostiene que el tribunal *a quo* omitió analizar las pruebas que acreditan la verosimilitud de los dichos de la víctima, en cuanto a la presencia del enjuiciado en el lugar donde Lidia Elba Papaleo de Graiver fue sometida a tormento. En base a ello —concluye— el fallo debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido. En virtud de haberse dictado la ya referida ley 23.521, y toda vez que en caso de quedar comprendida en ella el procesado, se tornaría abstracto considerar el planteo, cabe analizar su situación conforme a las prescripciones de la nueva norma. Y habida cuenta de que el *a quo*

estimó que el personal policial afectado a la Dirección General de Investigaciones, entre el que se encontraba el Comisario Mayor Rousse, obró bajo las órdenes del coprocesado Etchecolatz (fs. 8403), a quien este Tribunal ya ha resuelto absolver por no haber tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes, corresponde concluir en que Rousse, no obstante su grado de oficial superior, se encuentra amparado por la misma causa objetiva de no punibilidad (art. 1º, segundo párrafo, de la ley 23.521). Por lo que se desestima el recurso.

38) Que, por último, si bien el apoderado de los particulares damnificados se agravia porque el *a quo* declaró extinguida la acción penal por el delito de privación ilegal de la libertad que se atribuyó a los procesados, cabe rechazar su planteo, que no contiene una crítica concreta y razonada de los argumentos del *a quo* relativos a que resultaba inadmisibles que —aun aceptando que durante el pasado gobierno de facto hubiese sido prácticamente imposible el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado— se creara por vía jurisprudencial una causal de suspensión de la prescripción que la ley no contempla (causas: G. 313. XX. “Gutiérrez, Patricio Eduardo y De la Rosa, Abelardo Sixto s/causa N° 20.882”; y F. 338.XX. “Furones, Aquilino c/Banco de la Nación Argentina s/cobro de haberes”, falladas el 1º y el 10 de octubre de 1985, entre muchos otros); sin que se advierta la pretendida gravedad institucional.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General:

1) Se confirma la sentencia en cuanto a la constitucionalidad de la ley 23.040;

2) Se declara constitucional la ley 23.521, y se revoca la sentencia, en cuanto condena a los procesados Jorge Antonio Bergés, Norberto Cozzani y Miguel Osvaldo Etchecolatz, a quienes se absuelve por mediar la causal de impunidad establecida por el art. 1º de la ley 23.521, disponiendo su libertad en la causa;

3) Se confirma la sentencia que condenó a Ramón Juan Alberto Camps, modificando la calificación de autor mediato por la de partícipe como cooperador necesario, manteniendo las penas impuestas;

4) Se confirma la sentencia que condenó a Ovidio Pablo Ricchieri, modificando la calificación de autor mediato por la de partícipe como cooperador necesario; y se la revoca por los hechos señalados en los considerandos 33 y 34 —casos Alfredo Moyano y Erlinda María Vázquez Santos— de los cuales se lo absuelve, modificando las penas impuestas por las de ocho años de reclusión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y accesoria de destitución;

5) Se rechazan los restantes recursos de hecho deducidos por el Defensor Oficial, la Fiscalía de Cámara y el representante de los particulares damnificados (art. 16, segunda parte, de la ley 48).

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT DIJO:

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal condenó a Ramón Juan Alberto Camps a veinticinco años de reclusión e inhabilitación absoluta perpetua, por la comisión del delito de aplicación de tormentos reiterados en 73 oportunidades; a Ovidio Pablo Ricchieri, a catorce años de reclusión e inhabilitación absoluta perpetua, por el delito de aplicación de tormentos reiterados en 20 oportunidades, ambos con la accesoria de destitución; a Miguel Osvaldo Etchecolatz, a veintitrés años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por la comisión del delito de aplicación de tormentos reiterados en 91 oportunidades; a Jorge Antonio Bergés, a seis años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, por la comisión del delito de aplicación de tormentos reiterados en dos oportunidades y a Norberto Cozzani, a cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua, por la comisión del delito de aplicación de tormentos reiterados en cuatro oportunidades, y todos ellos con las accesorias legales y condenados también en costas; y absolvió a Alberto Rousse y Héctor Luis Vides de los delitos por los que fueron acusados.

2º) Que esa decisión fue objeto de recursos extraordinarios por las partes y los particulares damnificados. El *a quo* concedió los recursos extraordinarios de los procesados Camps, Bergés, Ricchieri y

Cozzani en cuanto se refieren a la inconstitucionalidad aducida de la ley 23.040 y en relación al último de los nombrados también en cuanto se relaciona con la interpretación que hizo el *a quo* del art. 514 del Código de Justicia Militar.

El mismo tribunal denegó los restantes recursos, lo que dio origen a presentaciones directas interpuestas por los procesados, el Fiscal de Cámara y los particulares damnificados, las que se considerarán juntamente con aquéllos.

Posteriormente el encausado Cozzani desistió parcialmente del recurso en cuanto hace a la interpretación del art. 514 del Código de Justicia Militar.

3º) Que con posterioridad al inicio del estudio de estas causas por la Corte Suprema, se sancionó la ley 23.521, sobre cuya aplicación al caso cabe pronunciarse en atención a lo que dispone su art. 3º y a que en las causas sometidas a su consideración el Tribunal puede dictar la sentencia definitiva del pleito (art. 16, 2da. parte, de la ley 48), de donde cabe inferir que el *sub lite* se haya radicado ante él a los efectos de la norma referida.

4º) Que diversos presentantes tachan de inconstitucional a la ley 23.521, otros impetran, en cambio, sus beneficios.

5º) Que al plantear la inconstitucionalidad de la ley 23.040 se aduce que ella lesiona el principio de irretroactividad de la ley penal al derogar la ley 22.924, que amnistiaba hechos como los de la causa y por consiguiente viola el art. 18 de la Constitución Nacional y la estabilidad de los derechos adquiridos; también —se sostiene— con la sanción de aquella ley se desconoce la autoridad de cosa juzgada.

6º) Que la Corte en su fallo “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del P.E.N.”, C. 895. XX resuelta el 30 de diciembre de 1986 desestimó tales agravios. En tal conclusión —que reitera lo decidido en los autos L. 41 “Lami Dozo, Basilio”, del 31 de julio de 1984— coincidieron la totalidad de los votos emitidos por los jueces del Tribunal, a los que cabe remitirse en esta ocasión en relación a

dicho tema, de donde resulta el rechazo de la inconstitucionalidad aducida.

7º) Que corresponde ahora tratar la inconstitucionalidad aducida de la ley 23.521.

La diferencia entre las funciones que incumben a los jueces y las que corresponden a los Poderes Legislativo y Ejecutivo impone a los primeros mantenerse en la esfera que les es propia, sin invadir la de los otros poderes. Como ha tenido oportunidad de recalcar recientemente esta Corte la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las facultades que incumben a otros Poderes. Esto es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada función de lograr la coordinación necesaria entre los intereses del modo que prevalezca el de la comunidad toda (confr. causa R. 401. XX "Rolón Zappa, Víctor Francisco" del 30 de setiembre de 1986).

8º) Que esto sentado, cabe recordar que no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 98:20; 147:402; 150:89; 160:247; 236:60; 247:121; 251:21, 53; 275:218; 293:163; 303:1029; 304:1335; Causa M. 49. XXI "Miguel Carlos" del 11 de setiembre de 1986).

Antes bien es misión suya, en cumplimiento de su ministerio como órgano de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de los otros poderes del Estado (confr. Fallos: 244:548; 245:351; 251:330).

9º) Que las facultades del Congreso Nacional tienen la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley persigue en el caso. La cuestión de determinar si es ésta una modificación legislativa o una amnistía parece aquí estéril si se atiende a que en ambas hipótesis estuvo en los poderes del Congreso el dictarla.

La Constitución Nacional en su art. 67, inc. 28, otorga al Congreso Nacional la facultad de dictar todas las leyes que sean conve-

nientes para poner en ejercicio los poderes que la misma Constitución establece. Esto supone confiar al legislador el asegurar la supervivencia misma del Estado, y a este fin tiende la ley mentada.

Tales conclusiones no se alteran si se interpreta que la ley ha sido dictada en ejercicio de la facultad del Congreso Nacional de conceder amnistías generales, establecida en el art. 67, inc. 17, *in fine*, de la Constitución Nacional. Esta facultad ha sido condicionada por el constituyente por el sólo límite de la generalidad, el que debe considerarse satisfecho en tanto las normas fundadas en ella se extiendan a todos los individuos que se hallan en idéntica situación. Ese requisito es cumplido por el art. 1º de la ley referida pues ella alcanza a todos los que han poseído los grados que señala o cumplido las funciones que allí se describen. Este acotamiento no resulta irrazonable si se atiende a que reiteradamente esta Corte ha declarado que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni implique un propósito de hostilidad o indebido privilegio (Fallos: 285:155; 286:97, 166, 187; 288:224, 275, 325; 289:197; 290:245; 292:160; 293:325 y muchos otros).

10) Que en consecuencia no es admisible el argumento de que la ley sustrae indebidamente de los jueces, causas cuyo conocimiento les incumbe, ni que desconoce sus decisiones o que las altera. Amplias son las potestades del legislador en cuanto a introducir cambios en las leyes, ya que la modificación de éstas no da lugar a cuestión constitucional alguna, ni existen derechos adquiridos a la inalterabilidad de las normas (Fallos: 256:235; 259:377, 432; 267:247; 268: 228; 275:130; 283:360; 288:279; 291:359; 299:93). El Congreso Nacional puede válidamente, como lo hace el art. 1º de la ley 23.521, establecer que determinados hechos no serán punibles, puesto que es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos (Fallos: 11:405; 102:43; 207:261; 211:1670; Causa S. 331. XX "Solís, Julio Alfredo" del 26 de agosto de 1986, considerando 8º; confr. también doctrina del considerando 7º del voto allí concurrente).

11) Que cabe aún señalar que la ley 23.521 no afecta el principio de inocencia que se deriva del art. 18 de la Constitución Nacional ni la preservación del honor de los individuos.

Lo primero, porque la declaración de inocencia sólo tiene sentido a nivel judicial, como contracara del ejercicio de una pretensión punitiva, la que aquí ha fenecido por decisión legislativa, lo que priva a aquélla de su razón de ser.

Lo segundo, porque el honor sólo cabe que sea preservado judicialmente cuando están en decisión ante los jueces puntos que lo afectan. Cuando, como en el caso, la cuestión resulta detraída del conocimiento de ellos, no les incumbe emitir juicio alguno al respecto. Esto no significa tornar ilusoria su preservación, como el constituyente lo ha querido, pues el honor no es una categoría originariamente judicial, sino que se desarrolla en el campo más amplio de lo social. No cabe en estas condiciones que los jueces se pronuncien a su respecto.

12) Que por otra parte, no cabe sostener que la abolición de la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes, que contiene el art. 18 de la Constitución Nacional, impida al legislador establecer normas como la cuestionada, que se refiere a la punibilidad de hechos pasados y de ninguna manera los admite ni les priva de reproche.

13) Que muy graves son las circunstancias que el proyecto de elevación de la ley menciona. A ellas cabe agregar, las que en esta causa como en otras anteriores vinculadas al mismo período se constataron, y de las que surge la fractura y la corrupción del imperio del derecho, cuyo ordenamiento corona la Constitución Nacional. Esta se vio reducida a norma de tercer orden, mientras en las mismas manos se unía el dominio de los hechos al pleno poder legisferante, en medio, por momentos, de una reprensible pasividad de parte del cuerpo social. Son efectos de este período los que en la actualidad procuran tratar adecuadamente los poderes políticos.

14) Que esta Corte, para la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma ha constituido siempre una *última ratio* no

puede desatender ni soslayar las razones del legislador en materias de la gravedad de la presente (confr. doctrina de Fallos: 245:455; 254:315, consid. 3º).

Es de recordar que nuestra Constitución fue definida como un legado de sacrificios y de glorias (Fallos: 205:614, pág. 619), que no puede decirse que hayan concluido con la sanción de la Ley Fundamental. La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época (Fallos: 211:162) por desgarante que ella haya sido. Esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata. Sólo así puede asegurarse que ella siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos: 178:9). Otros valores podrán preferirse, otras soluciones proponerse, pero mientras la Constitución Nacional nos rija será el legislador el que decida de la conveniencia de los remedios que se adopten en tales materias, por lo que, no parece fundado que en el caso deba el Poder Judicial enervar el ejercicio que aquél ha hecho de tan pesado deber.

15) Que se agravia también el recurrente Miguel Osvaldo Etchecolatz de la aplicación que considera inconstitucional de la ley 23.049 y del rechazo *in limine* de la recusación formulada contra los miembros del tribunal *a quo*. Solicita la aplicación en su beneficio del art. 514 del Código de Justicia Militar y del art. 34, inc. 5º, del Código Penal. Ataca también la valoración de la prueba producida, efectuada en la sentencia apelada, en cuanto de ella se concluye que la Policía de la Provincia de Buenos Aires tuvo un ámbito de acción propio de la represión de la subversión, y que la Dirección General de Investigaciones dependiente de aquélla —a cargo del recurrente— dio órdenes por sí, para aquel fin.

16) Que el agravio de inconstitucionalidad de la ley 23.049, sobre cuya base se avocara el *a quo* en el caso y que fuera traído por los señores defensores del imputado Etchecolatz, resulta tardía toda vez

que —como bien lo señala el *a quo*— aquél debió haber sido deducido contra el auto que resolvió el avocamiento del tribunal de grado (Fallos: 270:52; 271:272; 295:753; 302:468; entre otros). A mayor abundamiento, conviene señalar que la cuestión alegada ya ha sido resuelta en favor de la constitucionalidad de la norma citada, conforme lo decidiera esta Corte en la sentencia obrante a fs. 2219/2237 de la ya aludida causa C. 895. XX, del 30 de diciembre de 1986.

Asimismo resolvió el Tribunal negativamente el planteo referido a la recusación al rechazar el recurso de queja C. 1083, XX, del 30 de diciembre de 1986, promovida al respecto por vía de incidente de modo que el punto se encuentra precluido.

17) Que no puede tener éxito el reproche de arbitrariedad de la defensa al señalar ésta que la sentencia del *a quo* habría incurrido en autocontradicción respecto de los casos N° 57 (Mainer) y 58 (Bravo). Ello es así, debido a que en el caso 57 el tribunal de grado basó su absolución en la circunstancia de que no se habría probado que la víctima hubiese estado alojada en una dependencia policial, mientras que en el segundo de los casos mencionados dio por probada dicha circunstancia. En punto a los agravios de la defensa respecto de los casos de Silvia Fanjul, Dante Marra Rodríguez, Lidia Papaleo y Destéfano, no se observa en qué consiste la autocontradicción en que habría incurrido el *a quo*. Por el contrario, resulta perfectamente lógico afirmar, por un lado (caso N° 257) que la prueba del cuerpo se encuentra fortalecida por la circunstancia de que era usual la aplicación de torturas en el lugar de detención, y por el otro señalar que en casos excepcionales (p. ej. N° 251) hubo detenidos que no fueron torturados. Tampoco constituye, por parte del *a quo*, una decisión arbitraria el haber prescindido (caso 250) del certificado médico, que los miembros del llamado grupo Graiver no fueron torturados, toda vez que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas agregadas, sino sólo aquellas que estimen concernientes para fundar sus conclusiones (Fallos: 276:378; 279:140 y 171; 297:526; entre muchos otros). Por consiguiente, no puede afirmarse que la sentencia en examen sea producto —en los puntos que se acaban de analizar— de la sola voluntad de los jueces o no tenga más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo,

contrariamente a lo afirmado por la defensa, supuestos éstos donde sí, se podrá tachar de arbitrario el pronunciamiento apelado (Fallos: 236:27; 241:405; 247:366; 294:131; 295:417; 301:259; 304:583 entre muchos otros). En tal sentido, cabe recordar, según una larga y pacífica jurisprudencia de esta Corte, que la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de omisiones y desaciertos de gravedad extrema a consecuencia de los cuales, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales (Fallos: 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:425; entre muchos otros) lo que evidentemente no ocurre en este caso concreto.

18) Que del art. 514 del Código de Justicia Militar surgen las exigencias de que los delitos a que él se refiere deben producirse por la ejecución de una orden de servicio, la que debió ser dada por un superior; esto significa que quien las ejecutó, para ampararse en la cláusula legal citada debió discernir que estos dos requisitos —existencia de orden de servicio, origen de ella en un superior— se hayan efectivamente cumplido.

Más complejo es determinar qué constituye un exceso en el cumplimiento de dicha orden y en qué medida tal obediencia es “debida” en los términos del art. 34, inc. 5º, del Código Penal. La obediencia jerárquica es una característica de la vida social, pero en atención a la naturaleza moral del ser humano, no significa la total pasividad del inferior. Es decir, el error puede ser origen admisible de la “obediencia debida”, pero no hasta extremos que supongan la atrofia del juicio de conocimiento.

19) Que en el marco del *sub examine* corresponde precisar si el deber de obediencia a las órdenes emanadas por un superior conlleva la obligación de obedecer a todas las órdenes incluso las ilícitas; caso que se da cuando el subordinado ha cumplido órdenes que constituían mandatos para cometer delitos.

Como principio, dentro de la jerarquía administrativa civil, el agente no debe obediencia a una orden ilícita pues el art. 248 del Código Penal sanciona expresamente al inferior que las cumpliera, quien

no podrá así ampararse en la causal establecida en el art. 34, inc. 5º, del Código citado.

20) Que, distinto es el desarrollo del tema en relación a la estructura jerárquica militar. La obediencia del subordinado deriva aquí de lo dispuesto en el art. 7º de la ley 19.101, que determina como deber esencial impuesto por el estado militar el ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que a cada grado corresponda y en el art. 12 que regula la jerarquía militar, en razón del cargo, grado y antigüedad, como así también en el inc. 2º del art. 1 de la Reglamentación de Justicia Militar que prescribe que la superioridad de mando establece el respeto y la obediencia del subordinado.

Para el funcionamiento de la estructura militar, resulta indispensable el mantenimiento de la disciplina y por tanto la estricta obediencia por parte del subordinado a las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto de servicio. A este fin se limita la posibilidad de inspección del mandato recibido y se sanciona la falta de obediencia. El art. 667 del Código de Justicia Militar castiga al militar que hiciera resistencia ostensible o rehusare expresamente obediencia a una orden del servicio impartida por un superior; el art. 674 del Código citado también lo hace respecto a quien deja de cumplir sin causa justificada una orden de servicio. El art. 675 del cuerpo legal citado prescribe que ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden de servicio militar. Todas estas normas buscan asegurar el cumplimiento de las órdenes de servicio al margen de la cuestión de discernimiento de su carácter lícito e ilícito por el subordinado.

En cuanto a la posibilidad de que tales órdenes sean ilícitas, esta Corte ya ha sentado la doctrina conforme a la cual las acciones típicas que pudieran configurar órdenes o directivas ilícitas impartidas con motivo del ejercicio regular del mando, caen en la categoría de delitos comunes cometidos en actos del servicio, pues esas acciones aunque pudieran constituir un hecho ilícito, se vinculaban con el ejercicio del mando en relación a una actividad reglamentariamente atribuida a las fuerzas armadas, como era la de combatir militarmente al terrorismo (confr. causa A. 252. XX. "Avellaneda, Arsinoe s/privación ilegítima de la libertad", resuelta el 24 de diciembre de 1985).

21) Que esto, no debe entenderse en el sentido de que la obediencia debida sea ciega, conclusión que resulta insostenible a la luz de la naturaleza de los sujetos participantes en la relación de subordinación, que por ser seres humanos disponen de un margen irreductible de libertad.

En cualquier circunstancia tiene el subordinado la capacidad de inspección de las características extrínsecas que el acto debe reunir para ser una orden, como son el de que emane de superior competente y que se halle vinculada con el servicio. Esta capacidad no se presenta con la misma extensión en lo que se refiere a la licitud de la orden, respecto de la cual ya se señalaron limitaciones en esta materia.

22) Que la doctrina, a fin de ubicar sistemáticamente a la "obediencia debida", ha recorrido todos los estratos de la teoría del delito, contemplándola como una causa de justificación o de inculpabilidad y dentro de esta categoría, como variante de la coacción, o una especie del error. Empero, la solución que corresponde que los jueces den al problema, deberá elaborarse frente al caso concreto sometido a su conocimiento, evaluando los hechos acreditados en la causa y teniendo en cuenta las circunstancias históricas en que se produjeron, sin atarse a los márgenes dentro de los que ocurrieron aquéllas.

23) Que esto sentado, la obediencia debida a las órdenes está condicionada a que sean dadas en un acto de servicio, entendido éste de acuerdo a lo prescripto en el art. 878 del Código de Justicia Militar, que exige que se vinculen a las funciones específicas que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas.

En el caso, ninguna duda cabe que las órdenes en cuestión fueron dadas en actos de servicio, las que derivaron de la responsabilidad encomendada por el Poder Ejecutivo Nacional a las Fuerzas Armadas en los Decretos 2770, 2771, 2772, de 1975.

24) Que en la misma causa se señaló respecto de los hechos referidos en la sentencia apelada (cons. 7º, fs. 8811) que quienes detentaron aquel poder supremo dieron las órdenes que posibilitaron la

comisión de delitos por parte de los subordinados, estableciendo todo un aparato organizado de poder, que controlaba de principio a fin el curso de los acontecimientos. Este aparato incluía una metodología que consistía en capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; 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 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. Este plan enmarcaba en una serie de directivas (404/75, 504/77, 604/79, del Ejército; Placintara 75 para la Armada; orden de operaciones Provincia/76, etc.), como se estableció también en la causa citada.

El 20 de abril de 1977, el Ejército dictó la directiva 504/77 (continuación de la ofensiva contra la subversión en el período 1977/78) donde reconoció que la delincuencia subversiva en el país había sufrido un fuerte desgaste a partir de fines de 1975, por lo que la lucha debía 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 produjo así un gradual cambio de orientación en la lucha que resultó evidente en los lineamientos generales de la Directiva producido el 10 de mayo de 1978 por el Jefe del Estado Mayor General del Ejército, en virtud de la delegación de facultades efectuadas por el Comandante en Jefe, por Decreto del P. E. N. n° 2362, del 4 de octubre de 1976. Allí se afirmó que al haberse producido por medio de la acción militar directa, el virtual aniquilamiento de las organizaciones subversivas, debía actuarse de acuerdo con la Estrategia Nacional Contrasubversiva vigente, sobre las bases filosóficas-ideológicas de la

subversión, sobre las causales que esgrimía y explotaba 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 alcanzaría 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 Eduardo Viola suscribió la Directiva n° 604 en la que se señala la contundente victoria militar armada, que debería 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.

Este conjunto de directivas, al atender destacadamente al campo filosófico y cultural, en el que se aplicó las mismas técnicas apropiadas para la lucha militar, llevaron a toda la vida social argentina a quedar regida por un cerrado sistema enmarcado en un horizonte decididamente violento.

El cumplimiento de esas órdenes debía realizarse en el marco de las disposiciones legales existentes, en tanto éstas no se opusieron a las órdenes secretas ilícitas. Para asegurar la eficacia de todo este aparato se utilizó la totalidad de la estructura militar, y de otras fuerzas de seguridad, a ella subordinadas, como las policías provinciales.

25) Que en relación a si la Policía de la Provincia de Buenos Aires tuvo un ámbito de acción propio, los argumentos del recurrente no alcanzan a conmover los sólidos fundamentos provistos por el *a quo* a su sentencia, los que se compadecen con las constancias de la causa, en especial en lo referente a la organización de las estructuras articuladas para aquel fin al margen de las razones dadas por él.

26) Que el agravio referente a la inteligencia dada por el *a quo* al art. 11 de la ley 23.049, plantea una cuestión abstracta, a la luz del art. 6° de la ley 23.521. Este tema, empero, no incidirá en el resultado final de la causa.

27) Que se impone ahora considerar si el acusado Etchecolatz, participó en la elaboración de las órdenes o tuvo poder de decisión como para enervarlas, a los efectos de determinar si le alcanzan los beneficios de la ley 23.521. El tema exige un tratamiento referido no a precisar si fue o no autor de los hechos incriminados sino a establecer si participó en la confección de la estrategia de la que aquellos hechos resultaron y si su comisión resultó de su propia decisión.

28) Que, al respecto, los elementos de prueba allegados a la causa no alcanzan a probar tales circunstancias. Las conclusiones del *a quo*, enderezadas a demostrar su autoría, no pueden extenderse de modo de considerar demostrados tal participación y tal poder de decisión. Antes bien, ha quedado en claro en causas anteriores la culpabilidad de quienes detentaron los más altos poderes de facto en el Estado, y en esta causa la de los jefes de Policía. Por ello, la posición subordinada de Etchecolatz no autoriza a suponer que haya intervenido personalmente en la elaboración de los planes ni tenido otra autoridad que la de transmitir las órdenes criminales, en términos que aventen toda duda, por lo que corresponde, atento lo dispuesto por el art. 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal —de aplicación supletoria al caso— declararlo amparado por los beneficios de la ley mentada.

29) Que el procesado Riccheri se agravia por el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 197 del Código de Justicia Militar y la privación de la doble instancia pues la Cámara Federal se avocó al conocimiento de los autos y ordenó su procesamiento sin el previo dictado de un decreto presidencial, lo que viola —a su decir— la garantía de la defensa en juicio. Tacha de arbitraria la valoración de la prueba que hace la Cámara para arribar a la condena de su asistido en cuatro casos (98, 105, 124 y 130) y para atribuirle responsabilidad como autor inmediato en 20 casos de los tormentos sufridos por esas personas en virtud de que las tres dependencias en las que se hallaban alojadas estaban subordinadas a la Dirección de Investigaciones y ésta a su vez a la Jefatura de Policía.

30) Que los condenados Camps y Riccheri aducen que es arbitraria la interpretación que hace la sentencia del art. 514 del Código

de Justicia Militar de la que concluye que fueron autores mediatos de los hechos por su ubicación dentro de la cadena de mandos y la retransmisión de órdenes que efectuaron con eficacia vinculante.

31) Que el recurso no se halla debidamente fundado, en relación al primer agravio referido en el considerando 29, pues no se hace cargo del argumento del *a quo* fundado en que el inciso 2º del art. 10 de la ley 23.049, que dispone expresamente que en los supuestos a que se refiere dicho precepto no es necesaria la orden presidencial para instruir el sumario, sino que éste puede iniciarse por denuncia o prevención, por lo que en este aspecto el recurso es improcedente.

En cuanto a la alegada violación del derecho de defensa en juicio, por falta de una doble instancia, ésta no sólo no es exigencia constitucional, sino que la ley 23.049 faculta a la Cámara a asumir el conocimiento directo de la causa, en cualquier estado que ésta se encuentre, cuando se haya producido la demora injustificada o negligencia en su tramitación.

32) Que en relación a la arbitrariedad en el tratamiento de los casos señalados en el considerando 29, este Tribunal en la causa C. 895. XX. fallada el 30 de diciembre de 1986, ha dicho que el *a quo* al actuar en instancia ordinaria en sustitución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas procede como jurado en la apreciación de la prueba de los hechos y valora las probanzas por medio de la sana crítica razonada. Sin perjuicio de ello, cabe acoger favorablemente los agravios del defensor en punto a los casos 105 y 130, pues, en el primero de ellos, los testimonios de Vázquez Santos y Frugoni, citado por el *a quo* para tener como acreditados los tormentos sufridos por Alfredo Moyano, indican lo contrario de lo que afirma la Cámara ya que ellos no señalan que la supuesta víctima del hecho hubiera estado en cautiverio junto a ellos. En el segundo caso, no existe prueba fehaciente de los tormentos sufridos por Erlinda María Vázquez Santos ya que los testimonios citados por la Cámara, de Bermúdez Calvar de Viegas y Oscar Viegas no mencionan esa circunstancia. A ello se suma, la decisión de la Cámara de no tener por probado los hechos en casos análogos, con el solo testimonio de la víctima.

No ocurre lo mismo en los casos 98 y 124 pues los argumentos vertidos por el señor defensor no alcanzan a enervar el sólido cuadro probatorio, puntualizado en estos casos y al conjunto de elementos que llevaron al *a quo* a sentar las conclusiones contenidas en los Capítulos VIII y XII del considerando segundo de su sentencia, por lo que los agravios del apelante sólo demuestran su discrepancia con el criterio del *a quo*, pero de ninguna manera permite tachar de arbitraria la sentencia.

33) Que se dan en los casos *sub examine* las razones tenidas en cuenta en los considerandos 18 y siguientes, pues los recurrentes no resultan amparados por la categoría de "obediencia debida".

Por otra parte los argumentos de los quejosos en orden a la acreditación del dominio de los hechos durante el desempeño de sus respectivas jefaturas no alcanzan a conmover los sólidos argumentos desarrollados por el *a quo* en el Considerando 2º, y en especial en su Capítulo XIII, de cuyo análisis se desprende el control que los acusados tenían sobre los hechos producidos en las dependencias policiales.

En cuanto al *quantum* de la pena impuesta al procesado Riccheri se estableció sobre la base de 20 hechos pero en definitiva el nombrado ha de responder por 18, por lo que cabe que esta Corte modifique su monto por esta circunstancia, y porque no puede dejar de valorar que aquél sucedió en la jefatura a Camps, cuando ya durante prolongado lapso venía funcionando el sistema ilegal de represión del terrorismo, el cual fue declinando durante su gestión.

34) Que distinta es la situación de los condenados Cabo Iro, Norberto Cozzani, Oficial Principal (profesional) Jorge Antonio Bergés, por corresponder a su respecto la aplicación de los beneficios contemplados en el art. 1º de la ley 23.521 y no se hallan comprendidos en las previsiones del art. 2º de aquélla. En estas condiciones resulta ineficaz la consideración de los agravios contenidos en los recursos de los condenados.

35) Que el fiscal de Cámara tacha de arbitraria la decisión del *a quo* por considerar que el mismo no tuvo en cuenta importan-

tes elementos probatorios para la decisión de los casos del condenado Norberto Cozzani y del procesado Alberto Rouse, quien fue absuelto por el *a quo*.

36) Que, con respecto a la absolución del procesado Norberto Cozzani por el robo en el caso 267, el señor Procurador General no mantuvo el agravio de su inferior en esta instancia, por lo que corresponde tenerlo por desistido.

37) Que, el segundo agravio no puede prosperar pues las constancias de la causa que tuvo en cuenta el *a quo*, llevan razonablemente a concluir que el procesado no intervino en los tormentos que sufriera Lidia Papaleo de Graiver. Por otra parte, cabe señalar que no configura arbitrariedad la circunstancia de que el tribunal apelado haya dado preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro (Fallos: 242:179; 245:524; 248:68).

38) Que la denegación del recurso extraordinario originó la presentación directa del apoderado de los particulares damnificados, la que considera a la sentencia como arbitraria por el modo en que computó los plazos de prescripción en los casos de privaciones ilegítimas de la libertad.

Al respecto, expresa que durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional existió una orden secreta que prohibía interrumpir la prescripción de los delitos, pues en ese período no se procesó a ninguna persona que los hubiese cometido y en consecuencia el *dies a quo*, por ello, debe ser posterior al 10 de diciembre de 1983. Agrega que la privación ilegítima de la libertad es un delito permanente, y que el art. 63 del Código Penal establece que en tales casos el curso de la prescripción comienza a correr a partir del momento en que el delito dejó de cometerse.

39) Que este recurso no resulta procedente, toda vez que remite a la consideración de cuestiones de hecho, prueba y derecho común que no han sido resueltas de un modo irrazonable en la sentencia recurrida, donde no se afirmó que las privaciones ilegítimas de la libertad de quienes no reaparecieron hayan cesado, sino que sólo se estableció la fecha en que los procesados han perdido el dominio de la acción.

40) Que con relación a la imposibilidad del ejercicio de la acción penal durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional, si se tomara en consideración la tesis del recurrente, se estaría creando una causal de suspensión de la prescripción por vía judicial, lo que implicaría violar el principio de legalidad, como bien lo señala el *a quo*, por lo que los agravios del recurrente no alcanzan a conmovier la decisión recurrida en este aspecto.

Por ello, y lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General, se resuelve:

1º) Tener por desistida la queja deducida por el Procurador Fiscal de Cámara en relación a Norberto Cozzani, y tener por desistido parcialmente su recurso extraordinario y declararlo improcedente en la parte que mantuvo.

2º) Declarar que no hay méritos para continuar la causa respecto de Norberto Cozzani, Jorge Antonio Bergés y Miguel Osvaldo Etchecolatz, a quienes se absuelve.

3º) Declarar que Ramón Juan Alberto Camps y Ovidio Pablo Riccheri no se encuentran amparados por los beneficios de la ley 23.521.

4º) Declarar improcedente el recurso extraordinario deducido por Ramón Juan Alberto Camps y se desestima la queja por él interpuesta.

5º) Declarar procedente el recurso directo de Ovidio Pablo Riccheri respecto de los hechos de tormentos en perjuicio de Alfredo Moyano —caso 105— y Erlinda María Vázquez Santos —caso 130—. Se reduce su condena a ocho (8) años de reclusión por los restantes hechos que se le imputan, subsistiendo las restantes que se le imputaron.

6º) Desestimar la queja interpuesta por los particulares damnificados.

Costas de los recursos procedentes en el orden causado, atento la forma en que se resuelve.

CARLOS S. FAYT (*por su voto*).

EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, EN DISIDENCIA DIJO:

Considerando:

1º) Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos a fs. 9382/9402, 9403/9407, 9408/9426, 9427/9459, 9460 y 9561/9566, contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal que condenara a Ramón Juan Alberto Camps a la pena de veinticinco años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), accesoría de destitución (art. 538 del Código de Justicia Militar) y pago de las costas (art. 29, inc. 3º, del Código Penal), como autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en setenta y tres (73) oportunidades (art. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo, conforme ley 14.616 del Código Penal); a Ovidio Pablo Riccheri a la pena de catorce años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), accesoría de destitución (art. 538 del Código de Justicia Militar) y pago de las costas (art. 29, inc. 3º, del Código Penal), como autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en veinte (20) oportunidades (art. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo, conforme ley 14.616, del Código Penal); a Jorge Antonio Bergés a la pena de seis años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), como coautor responsable del delito de aplicación de tormento reiterado en dos (2) oportunidades (art. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo); a Norberto Cozzani a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), y pago de las costas (art. 29, inc. 3º, del Código Penal) como autor responsable del delito de aplicación de tormento, reiterado en cuatro (4) oportunidades (art. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo, conforme ley 14.616 del Código Penal) y absolviera a Ramón Juan Alberto Camps en los hechos Nros. 21, 36, 63, 75, 76, 159, 163, 165, 173, 174, 191, 209; a Miguel Osvaldo Etchecolatz en los hechos Nros. 21, 36, 63, 65, 75, 76, 159, 162, 165, 173, 174, 175, 191 y 209; a Alberto Rouse en el hecho N° 157.

2º) Que tales recursos fueron en parte concedidos y en parte denegados, lo cual dio lugar a que se dedujeran las quejas presentadas por el señor Fiscal de Cámara, el representante de los particulares y de los defensores de los imputados Riccheri, Camps, Bergés, Etchecolatz y Cozzani, las cuales corren agregadas por cuerda.

3º) Que encontrándose la presente causa ya en estudio de esta Corte, se ha planteado la inconstitucionalidad de la ley 23.521.

4º) Que la cuestión relativa a la vigencia de la ley 23.521 plantea la necesidad de examinar la situación jurídica imperante al momento de la comisión de los hechos sobre los que versa la presente causa.

Dicho examen presupone el tratamiento de la obediencia debida conforme a lo establecido en el art. 514 del Código de Justicia Militar.

Ello coloca a los jueces que integran esta Corte, ante una gravísima responsabilidad, que ha de ser afrontada teniendo en cuenta el compromiso que los liga con el pueblo argentino y con la tradición ética y jurídica del orden cultural al que éste pertenece.

En este primer aspecto, se impone la toma de conciencia del momento por el que atraviesa nuestra sociedad.

Es evidente que el pueblo argentino ha resuelto constituir, llevando por fin a la realidad el mandato de los fundadores, una comunidad política basada en la libertad y dignidad de todos los hombres.

Pertenece al concepto de tal comunidad política, que nadie puede ser indiferente al destino del conjunto, principalmente porque participando en la búsqueda de aquellas finalidades cada uno acrecienta el valor ético de su acción.

No cualquier sociedad política es, pues, una "politeia", una República. La República es cosa del pueblo, dice Cicerón, y el pueblo

no es la multitud agrupada de cualquier modo, sino por la persecución del bien común y el *consenso del derecho*.

La misión de este Tribunal consiste en el servicio a la conciencia jurídica del pueblo, la que cumple al hacer explícitos los valores de la tradición humanista bajo los cuales se ha constituido como Nación.

En punto al sentido y alcances de la obediencia debida ha de reconocerse, como en otros campos, una diferencia entre las máximas de esa tradición, aceptadas como patrones obligatorios en el plano ideal, y las pautas prácticas de conducta que corresponden a una visión del hombre alejada de los postulados de la libertad. Al recordar la criminal tragedia del nazismo, un distinguido jusfilósofo escribió: "...A través de muchos siglos nos han enseñado una filosofía y una teología del orden, que la obediencia a la superioridad... era la virtud más elevada y que el obediente no sobrelleva ninguna responsabilidad por lo que hizo cuando le fue ordenado. Así los ciudadanos han seguido regulaciones reprobables, los soldados órdenes criminales, los jueces injustas leyes... sin remordimiento, y esto no sólo en tiempos de la dictadura. Resistir no era cosa suya —esto habrían de hacerlo algunos responsables en posiciones de liderazgo, que pudiesen abarcar mejor la situación—" (Arthur Kaufmann, Prólogo a la obra colectiva "Widerstandsrecht, Darmstadt, 1972, pág. XIV").

Por el contrario, las concepciones que proclaman el orden de la libertad han venido reclamando que la obediencia esté penetrada de responsabilidad cívica y de sentido de humanidad. Ya los comentaristas medievales, desarrollando soluciones del derecho romano, determinaron que el límite de toda obediencia se hallaba en los llamados crímenes atroces, para distinguirlos de los crímenes más leves. El liberalismo del siglo XIX acentuó el nivel de la propia responsabilidad en la obediencia, inclusive la militar, declarando punibles los delitos cometidos por mandato superior, siempre que la ilegitimidad de éste fuera por completo manifiesta. La primera posición corresponde al constitucionalismo de los sistemas estamentales y la segunda es la del estado de derecho democrático.

De conformidad con esta última, interpretaron los tribunales civiles y militares de nuestro país las normas particulares de la obediencia militar, pero el art. 11 de la ley 23.049 se quedó a mitad de camino, pero sin por ello abdicar del límite infranqueable que nos separa de la barbarie, no de la antigua, sino de la moderna, refinada, e invadida de técnica, y por ello, más perversa.

Sobre la vieja ideología del orden autoritario se ha instalado lo que algunos pensadores han denominado razón instrumental, desinteresada del valor de los fines, productora de "hombres-máquina" que sólo saben de la ciega aplicación de una técnica, y en esto encuentran su justificación. La existencia de tal mentalidad ha quedado probada de manera estremecedora en los procesos de la índole del presente.

La atmósfera de nuestro tiempo está aún impregnada por los grandes fanatismos que dieron en buena parte por tierra con los ideales que parecieron comenzar a concretarse en el siglo XIX.

Sólo la convivencia, guiada por un incondicional respeto a la dignidad de cada hombre, puede dar garantía contra una eventual catástrofe suprema y contra muchas otras parciales que nos azotan, como las que hemos soportado recientemente. La deuda con las jóvenes generaciones argentinas que descreen del autoritarismo y han comenzado a incorporar los grandes valores del humanismo laico o religioso, debe ser levantada por las generaciones del fracaso a través de la integridad de los principios.

Aquí están los puntos de partida para la elaboración técnica de la problemática planteada en la causa en torno a la obediencia debida en el orden militar.

Conviene pasar ahora, primeramente, al examen de la tradición jurídica mencionada y luego, al del modo en que durante la época inicial del estado argentino fue recibida entre nosotros.

5º) Que, como se lo ha señalado en el considerando anterior, una imponente tradición jurídica que parte del derecho romano excluye a los hechos atroces de toda posible excusa fundada en la obediencia debida.

Aunque en las pandectas, el único pasaje de origen clásico concerniente a la materia que pertenece al Comentario de Ulpiano al Edicto (Digesto, Libro IX, Título IV, L. 2, pr. 1), esté sujeto a controversia, (v. Giuseppe Bettiol, "L'Ordine dell'Autorità nel Diritto Penale", Milán, 1934, pág. 11/13), son muchísimos los textos, cuya redacción definitiva proviene del período post-clásico o justineano, que limitan el deber de obediencia a los delitos *quae non habent atrocitatem facinoris*, lo cual puede traducirse, muy aproximadamente, en el sentido de hechos que carezcan de la atrocidad correspondiente al delito grave (Digesto, L. 43, Libro 24, Título II, pr. 7, Digesto, Libro 44, Título 7, pr. 20, Digesto, Libro 50, Título 17, pr. 157, Digesto, Libro 25, Libro 2, Título 21, pr. 1, Digesto 47, Libro 10, Título 17, pr. 7, v. también el Código Teodosiano, Libro IX, 10, 4).

A partir de estas fuentes los glosadores y post-glosadores negaron en los delitos gravísimos el deber de obediencia por parte de los subordinados (Bettiol, op. cit., reseña las opiniones de Baldo, Decio, Accursio, Bártolo, Odofredo, Próspero Farinaccio Jason de Magno, págs. 23 a 27).

Conviene advertir que el concepto de *atrocitatem facinoris* desembocó en la corriente principal del derecho medieval en la distinción entre hechos de especial gravedad y los leves, contándose entre los primeros los que causaban un daño de magnitud, tanto como los castigados con la pena de muerte (Bettiol, op. cit., pág. 24/25, nota 4).

Dentro de esta concepción se mueve un conocido texto de las partidas, donde se lee: "... mas aquel lo deue pechar, por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno destos desfonrrasse, o firiesse o matasse a otro, por mandato de aquel en cuiu poder estuiesse, non se podría escusar de la pena, porque non es tenuto de obedecer su mandato en tales cosas como estas; e si lo obedesciere e matare, e fiziere alguno de los yerros sobredichos, deue ende auer pena, también como el otro que lo mando fazer..." (Ley 5, Títl. XV, Partida VII).

Estas soluciones no sólo alcanzaban a la obediencia doméstica del siervo y del *filius familiae*, sino que se extendían a la obediencia a los magistrados. En ese caso se diferenciaba entre las órdenes impartidas en la esfera de la función y las ajenas a ella. En el

segundo supuesto, la responsabilidad del que obedecía a la orden de cometer un delito nacía, fuera éste atroz o no. En la primera hipótesis, existía la obligación de obedecer el mandato ilegítimo, excepto que el hecho ordenado fuera atroz (ésta es la opinión de Odofredo que menciona Bettiol, op. cit., pág. 25|26).

La atrocidad del hecho aparece como indicador del conocimiento de la ilicitud, que, entonces, no puede ignorar el subordinado.

Así se llega a la opinión de Gandino, a quien ya no interesa el carácter atroz del hecho, sino si el mandato está abiertamente contra la ley o es abiertamente según la ley, o es dudoso. La punición queda reservada para el primer caso (v. la indicación de Bettiol, op. cit., pág. 26). En parecido enfoque se sitúa la opinión de Odofredo y Alberico de Rosciate en el sentido de que cabe calificar de atroces a todos los hechos cometidos con dolo directo (Bettiol, op. cit., nota 4, pág. 24|25).

Párrafo aparte merece el tema del tratamiento de la conciencia dudosa acerca de la ilicitud del acto ordenado a que se refiere Grocio, cuya opinión, entre nosotros, recuerda Tejedor en el Curso de Derecho Criminal (1ra. parte, 2da. edición, Buenos Aires, 1871, pág. 50|51). Al analizar la obediencia con relación a la participación en la guerra, el gran internacionalista enfrenta al común criterio medieval sobre la excusa al que obedece dudando del carácter ilícito de lo mandado. El autor, siguiendo la tradición de la filosofía clásica, estima que si, existiendo duda no resulta, empero, posible la abstención de todo actuar, es preciso inclinarse por lo que aparezca como mal menor. Y en la hipótesis de guerra la desobediencia constituye el mal menor frente al homicidio sobre todo de un gran número de inocentes ("Droit de la guerre et de la paix", traducción con notas de diversos autores a cargo de M.P. Pradier-Fodéré tomo II, Paris, 1867, Libro II, Cap. XXIII, pág. 546, y sig., y Cap. VI N^o 4, pág. 607|613).

6^o) Que el panorama de reglas del derecho tradicional arriba trazado comprende también a la obediencia militar, como lo demuestra el derecho canónico de la época. Existe un famoso pasaje de San Agustín (Ciudad de Dios, I, cap. 26), que ha sido a favor de la obe-

diencia ciega. La lectura íntegra del capítulo demuestra claramente que no es posible válidamente interpretar dicho pasaje, salvo extrayéndolo de su contexto, como lo hace la defensa. Tanto es así, que el vocabulario e imagen agustinos fueron retomados en el Decreto de Graciano para fundar una conclusión contraria a la propuesta por la defensa, esto es que el soldado que obedece la orden de matar está justificado en cuanto actúe en cumplimiento de la ley (Bettioli, op. cit., pág. 22).

Es más, el propio obispo de Hipona ha explanado el pensamiento contenido en el pasaje señalado, y en otro similar de "De libero arbitrio", Libro I, cit. por Graciano, cuando expresó en el Contra Fausto, Libro XXII, Cap. LXXV, que: "...Por lo tanto un hombre de bien que empuña las armas sometido por un rey, o un sacrilego, puede hacer legítimamente la guerra bajo sus órdenes, si, respetando el orden de la paz pública, él está cierto de que aquello que le es ordenado no está contra el mandamiento de Dios o también cuando él no estuviera bien seguro; pues entonces la iniquidad del mandato hace al rey criminal y el deber de obedecer justifica al soldado" (Grocio, Obra y Volumen citado, pág. 609).

En consecuencia, el padre de la Iglesia sigue, también en el campo militar la común doctrina eclesíástica, según la cual, es obligatorio desobedecer a las órdenes contrarias a la ley divina (F. Blasco Fernández de Moreda. El valor exculpatorio de la ignorancia, el error y la obediencia debida en el pensamiento jurídico-penal español, en La Ley, Tomo 74, pág. 848, v. en especial, pág. 858, Bettioli, op. cit., pág. 21, nota 4). El privilegio que reconoce a la situación de obediencia castrense existe en cambio por el reconocimiento de que sólo la seguridad sobre la ilicitud del mandato produce responsabilidad para el subordinado, mientras que la conciencia dudosa, habitualmente originante de culpabilidad, obra aquí, como eximente. Esta última idea tendrá luego consecuencias decisivas en la materia considerada.

El principio, proclamado en los Hechos de los Apóstoles (cap. V, versículo 29), de que debe obedecerse antes a Dios que a los hombres, ha encontrado un valiosísimo desarrollo en la ética cristiana de todos los tiempos, para culminar en expresiones como las de Pío

XII, quien señaló: "No está habilitada ninguna instancia superior para disponer un acto inmoral; no existe ningún derecho, ninguna obligación, ninguna licencia para cumplir un acto en sí inmoral, lo mismo que si él es ordenado, igual si la negativa de obrar entrañe los peores daños personales..." (Alocución al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, 3 de octubre de 1953).

De igual modo, Juan XXIII, en la Encíclica *Pacem In Terris* expresa que: "... Aquellos magistrados que no reconozcan los derechos del hombre o los atropellen, no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriban..."

En la misma línea, pero ya con referencia específica a la guerra, la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II N^o 79, luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y de sus principios fundamentales, proclamados cada vez con mayor firmeza por la conciencia del género humano, expresa que "... los actos que se oponen deliberadamente a tales principios y las órdenes que mandan tales actos, son criminales y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan... ni se crea que una vez provocada desgraciadamente la guerra, por lo mismo ya es todo lícito entre las partes contendientes". Asimismo, en el capítulo II, dedicado a la comunidad humana, dicha Constitución expresa: "todo lo que viola la integridad de la persona humana, como mutilaciones, tormentos del cuerpo o de la mente, los intentos de violentar los mismos espíritus, todo lo que ofende a la dignidad humana, como... las encarcelaciones arbitrarias, todas estas prácticas y otras parecidas son en sí mismas infamantes, degradan la civilización humana, deshonoran más a aquellos que las cometen que a los que las padecen y son totalmente opuestas al honor debido al Creador" (N^o 27).

A su vez, nadie ha sido más claro, ya para su época, en repudiar el empleo de cualquier clase de tortura para arrancar la verdad, que el mismo San Agustín. Basta para ello recordar sus palabras en La Ciudad de Dios, cuando, al deplorar ciertos procedimientos afirma que los jueces suelen emitir veredictos sin ser "capaces de ver la conciencia de los sometidos a juicio. Y, como consecuencia, para averiguar la verdad más de una vez se ven en la necesidad de someter a tortura a testigos inocentes en una causa que nada les concier-

ne. ¿Y no es peor todavía cuando, por una causa propia, alguien es torturado, y por averiguar si es culpable se aplican tormentos, pagando el inocente unas ciertísimas penas por un delito incierto, no por descubrirse que lo ha cometido, sino por ignorar que no lo ha cometido? Pero lo que es aún más intolerable, lo que clama al cielo, lo que es digno de regarse, si fuera posible, con ríos de lágrimas, es que el juez torture a un acusado para no matar por ignorancia a un inocente, sucediendo, por la calamitosa ignorancia, que manda ajusticiar al torturado e inocente precisamente por haberlo hecho torturar en evitación de una muerte siendo inocente. Si uno, en efecto, siguiendo la sabiduría de estos filósofos eligiera marcharse de esta vida antes de seguir soportando por más tiempo los tormentos, está confesando haber cometido lo que no había cometido. Una vez condenado y ajusticiado, todavía el juez ignora si acaba de matar a un inocente o a un culpable, al someterlo a tortura para evitar la muerte de un inocente por ignorancia. Lo ha torturado por saber si era inocente, y lo ha matado porque no sabía si lo era" (Cap. VI, en Obras de San Agustín, XVII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978).

7º) Que los lineamientos de la escolástica cristiana y de la tradición jurídica formada a su amparo han sido prolongados en el derecho penal liberal. Este, acentuando el valor de la responsabilidad personal, no privilegia la distinción objetiva entre delitos atroces —no excusables por la obediencia— y delitos leves, que sí lo son, y da preferencia a la idea, ya puesta de manifiesto en algunos autores del derecho antiguo mencionados en el considerando 5º, según lo cual interesa, ante todo, el conocimiento que del carácter delictivo de la acción ordenada tuviere el subordinado.

Chaveau en un pasaje citado en la nota explicativa al art. 4º del título III del Código de Tejedor, expresa: "Los antiguos jurisconsultos, siguiendo la ley romana, distinguían los crímenes atroces de los ligeros, la orden del príncipe no justificaba al que cometía los primeros, pero, en cuanto a los demás, la orden protegía de toda especie de castigo. Livingston ha reproducido la misma distinción en el Código de Luisiana: Los simples soldados que cometen un delito siguiendo la orden de sus oficiales no incurren en pena; pero si

cometen un crimen, la orden ya no es causa de justificación (Artículos 36 y 37). Esta distinción parece fundarse en que los agentes inferiores están menos en aptitud de apreciar la criminalidad de la orden cuando no tiene por objeto más que un simple delito, cuya inmoralidad es menos resaltante. Pero la más o menos gravedad del hecho en nada cambia la cuestión de intención. ¿El agente ha creído o no legítima la orden? ¿Se ha apercebido o sospechado la criminalidad de la orden? Toda la cuestión está aquí. Si comete a sabiendas un delito es responsable. La exigüidad del hecho no puede descargarle de la culpabilidad relativa que pesa sobre él, y sólo puede producir en su favor una presunción de falta de discernimiento” (v. Rodolfo Moreno, “El Código Penal y sus antecedentes”, Tomo 2, Buenos Aires, 1922, págs. 268|269 —el pasaje transcrito forma el párrafo final del N° 281 de la obra de Chaveau Adolphe y Faustin Helie, “Theorie du Code Penal”, 4a. ed. Tomo 1°, Paris, 1861, págs. 577|579—).

Una clara expresión de la tendencia enunciada se encuentra en el hoy derogado Código Penal Militar para el Imperio Alemán del año 1872, el cual prescribía que si en la ejecución de una orden relativa al servicio se lesionaba una ley penal, sólo sería responsable el superior, pero que el subordinado obediente recibiría la pena del partícipe cuando hubiera excedido la orden recibida o cuando hubiera sabido que la orden del superior se refería a una acción tendiente a ejecutar un crimen o delito civil o militar (v. Código de Justicia Militar para el Imperio Alemán, por Paul Herz y Georg Ernst, Berlín, 1908, pág. 85).

Esta norma ha sido aplicada por los tribunales de la República Federal Alemana, para destacar que, de todos modos, la obediencia militar recibe en la ley un tratamiento privilegiado. En efecto, mientras la conciencia dudosa sobre la ilicitud es reprochable, según las reglas generales del derecho penal, en el caso del parágrafo 47 del Código Penal Militar, sólo el conocimiento seguro de tal ilicitud permite reprochar la acción a los subordinados (sentencia del Tribunal Supremo Federal en casos penales —5° tomo “Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen— 5 Band., 1954, Colonia, Berlín, pág. 239, en especial, pág. 241).

Durante la República de Weimar el tribunal supremo alemán hizo una interesante aplicación del aludido párrafo 47. En esa ocasión se dijo que: "Si bien es cierto que puede ser argüido en favor de los subordinados militares, que están bajo la obligación de no cuestionar la orden de su superior y que pueden contar con la legalidad de la misma, esa confianza no puede alegarse que existe, si tal orden es universalmente conocida por todos, incluso por los acusados, sin lugar a duda, como contraria a la ley. Esto sucede rara y excepcionalmente. Pero este caso es precisamente uno de ellos porque en la presente circunstancia, fue perfectamente claro para los acusados que matar a personas indefensas en los botes salvavidas no puede ser otra cosa que la violación de la ley. Ellos debieron comprender que la orden dada por Patzig tenía por objeto valerse de sus subordinados para violar la ley y, en consecuencia, debieron haberse negado a obedecerla. Como no lo hicieron, deben ser condenados" (ver Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1962, tomo 6º, pág. 856).

8º) Que los horrores de la Segunda Guerra Mundial y también de la del Vietnam dieron lugar a una importante elaboración jurisprudencial acerca de la obediencia militar, que resulta pertinente reseñar.

a) **Tribunal Militar de los Estados Unidos con sede en Nuremberg.**

Caso del Comando Supremo: (1948) En esta oportunidad se juzgó a los miembros del Comando Supremo Alemán, durante la segunda guerra mundial, por la acusación de haber participado en la comisión de "atrocidades y delitos" contra prisioneros de guerra y población civil en general. Entre los hechos que se les imputaban, se incluían: "homicidio, exterminio, maltrato, tortura, ... asesinato de rehenes, ... devastación no justificada por la necesidad militar".

Al tratar el tema de la obediencia debida, alegado como defensa por los acusados, el tribunal comenzó transcribiendo, los párrafos 4 (a) y (b) del art. II de la ley Nº 10, del Consejo de Control: "... (b) El hecho de que alguna persona haya actuado obedeciendo una orden de su gobierno o de su superior, no lo libera de res-

ponsabilidad por la comisión de un delito, pero puede ser considerado como un atenuante...”

Respecto de los argumentos de la defensa, en el sentido de que sólo el Estado o su líder eran responsables de las atrocidades cometidas, el Tribunal señaló: "...constituiría un total desprecio por la realidad y una mera ficción jurídica decir que sólo el Estado, un ente inanimado, puede ser culpable, y que no se puede atribuir culpabilidad a sus agentes, en su carácter de seres vivientes, que han planeado y ejecutado sus políticas. Tampoco puede aceptarse, ni aun bajo una dictadura, que el dictador —por más absoluto que éste sea— se convierta en el chivo expiatorio sobre el cual todos los pecados de sus subordinados quedan lavados, y que cuando aquél se refugia en un "Bunker" donde es presumiblemente destruido, todos los pecados y la culpabilidad de sus subordinados se destruyen con él. Los acusados, en este caso, se encontraban en una posición difícil de recibir órdenes obviamente delictivas, pero no puede reconocerse como defensa la obediencia servil de órdenes claramente delictivas debido al temor de algún inconveniente o castigo que no constituían una amenaza inmediata. Para establecer la defensa de la coacción o del estado de necesidad ante el peligro, debe probarse la existencia de circunstancias tales que un hombre razonable se habría dado cuenta que estaba en tal inminente peligro físico, de tal forma que se viera privado de elegir el bien y no cometer el mal. No se ha probado que tal circunstancia haya existido en el caso. Por otra parte, no es un concepto nuevo que las órdenes superiores no constituyen una defensa respecto de la conducta penal. El art. 47 del Código Penal Militar Alemán, adoptado en 1872, decía lo siguiente: "si a través de la ejecución de una orden en asuntos de servicio se violase una ley penal, entonces sólo es responsable el superior que dio la orden. Sin embargo, le corresponde al inferior que obedeció, la pena del partícipe cuando:

1. — Se hubiere excedido en la orden por él recibida, o
2. — Tuviese conocimiento de que la orden del superior correspondía a una conducta que tenía como objetivo la comisión de un crimen o delito civil o militar...". Es interesante señalar, que un artículo de Goebbels, el Ministro de Propaganda del Reich, que apa-

reciera en el *Voelkischer Beobachter*, el periódico oficial nazi, del 28 de mayo de 1944, contenía la siguiente correcta interpretación de la ley: "En ninguna ley militar se prevé que un soldado, en el caso de un crimen despreciable, quede exento de castigo porque pasa la responsabilidad a su superior especialmente si las órdenes de este último, están en evidente contradicción con la moralidad humana y toda la costumbre internacional de la guerra...". El tribunal reconoció, más adelante, que si bien era cierto que los procesados no estaban en condiciones de determinar la legitimidad de muchas de las órdenes recibidas, no era menos cierto que: "...ciertas órdenes de la 'Wehrmacht' y del ejército alemán eran obviamente delictivas. No era necesario un asesoramiento jurídico para determinar la ilegalidad de tales órdenes. Bajo cualquier patrón de las naciones civilizadas eran contrarias a las costumbres de la guerra y a los patrones aceptados de humanidad. Cualquier oficial con mando, de inteligencia normal, debe ver y comprender su naturaleza delictiva. Toda participación en implementar tales órdenes, tácitamente o de otra manera, cualquier aceptación silenciosa en su cumplimiento, llevada a cabo por el subordinado, constituye un acto criminal por su parte...".

b) Comisión Militar de los Estados Unidos.

Caso del Atolón de Jaluit (1945): En este caso se juzgó a jefes militares japoneses por crímenes de guerra, consistentes en el homicidio de prisioneros de guerra estadounidenses. Con respecto al tema que nos ocupa, el tribunal señaló, con cita en precedentes jurisprudenciales, que "...el soldado está obligado a obedecer sólo las órdenes legítimas de sus superiores. Si recibe una orden de cometer un acto ilícito, no se encuentra obligado, ni por su deber ni por su juramento, a realizarla. Lejos de ser tal orden una justificación, convierte a aquél que dio la orden en cómplice del delito...". Y más adelante, citando un caso en que un soldado estadounidense había asesinado a un ciudadano de Nicaragua, se dijo: "...Una orden ilegítima en sí misma, y no justificada por las reglas y usos de la guerra, o que sea sustancialmente ilegal, de tal forma que una persona de sentido y entendimiento ordinarios, habría sabido tan pronto como escuchó la orden leída o dada que aquélla era ilegal, no otorga protección por un homicidio, siempre y cuando el acto por el que pueda

ser acusado tenga todos los elementos necesarios para constituir el mismo delito en el derecho...”.

c) **Corte de Distrito de Jerusalem (1961).**

Caso Eichmann: sobre el punto que nos interesa, el Tribunal dijo, remitiéndose a jurisprudencia anterior, lo siguiente: “...La característica distintiva de una ‘orden manifiestamente ilegal’ tendría que flamear como una bandera roja encima de la orden, como una advertencia que dice ‘prohibido’. Aquí no interesa la ilegalidad formal, oculta o semioculta, ni la ilegalidad que sólo es discernible a los ojos de un experto legal, sino una violación flagrante o manifiesta del derecho, una ilegalidad definida y necesaria que aparece sobre la faz misma de la orden, el carácter claramente distintivo delictivo de la orden o de los actos ordenados, una ilegalidad que salte a la vista y que repugne el corazón, siempre y cuando el ojo no sea ciego ni el corazón pétreo o corrupto, ésa es la medida de ‘ilegalidad manifiesta’ que se requiere para liberar al soldado de su obligación de obediencia y hacerlo penalmente responsable de sus actos...”. Más adelante la Corte señaló lo que habían ya observado otros tribunales, a saber: que ni siquiera los nazis derogaron el art. 47, inciso 2, del Código de Justicia Militar Alemán, que establecía la responsabilidad del inferior cuando éste hubiese sabido el carácter delictivo de la orden.

Por último, el tribunal rechazó el argumento de la defensa, según el cual Eichmann había actuado coaccionado por sus superiores: “...si bien el acusado mostró una obediencia propia de un buen nazi y miembro de la SS, a los cuales se les inculcaba una obediencia total y rígida, ello no significa que llevó a cabo sus órdenes únicamente porque se lo habían ordenado. Por el contrario, cumplió con sus deberes en todos los casos también con convicción interna, de todo corazón y gustoso...”.

d) **Corte Suprema de Israel (1962).**

Llegada la causa en apelación, el tribunal se refirió —con una cita doctrinaria— a los graves problemas que tiene un soldado ante la disyuntiva de cometer un delito o verse ante la posibilidad de ser sometido a una Corte Marcial por desobediencia: “...no es fácil para nadie,

menos aún para el soldado de escasa educación, decidir si una orden dirigida a él es razonablemente necesaria para sofocar un disturbio... para empeorar las cosas, él se encuentra sometido a dos jurisdicciones diferentes". (Glanville Williams, *The Criminal Law*, etc., 2nd. ed. p. 297) "...La solución intermedia que otorga el derecho penal general en este país —de acuerdo a la tradición del derecho inglés— ...es que tal excepción es admisible cuando existió obediencia a una orden no manifiestamente ilegal...".

En lo que concierne al problema de la coacción, se citó un fallo de un Tribunal estadounidense: "...la amenaza, empero, debe ser inminente, real e inevitable... El test que debe aplicarse es si el subordinado actuó bajo coacción o si él mismo aceptó el principio involucrado en la orden. Si la segunda proposición es correcta, la excusa de la orden superior fracasa... Cuando la voluntad del actor se confunde con la voluntad del superior, en la ejecución del acto ilegal, el actor no puede argumentar haber actuado bajo coacción de órdenes superiores...".

e) **Instrucciones del juez militar en el caso "Calley" (1971).**

El teniente Calley fue juzgado por un tribunal militar de los Estados Unidos por la masacre de civiles de la aldea vietnamita de "May-Lai".

Sobre el tema de la obediencia debida se dijo: "A los soldados se les enseña a obedecer órdenes, y se les presta especial atención a la obediencia de órdenes en el campo de batalla. La eficiencia militar depende de la obediencia de órdenes. Por otro lado, la obediencia del soldado, no es la obediencia de un autómata. Un soldado es un agente racional, que está obligado a responder, no como una máquina sino como una persona. El derecho tiene en cuenta estos factores al determinar la responsabilidad penal por actos realizados en cumplimiento de órdenes ilegales. Los actos del subordinado hechos en cumplimiento de una orden ilegítima, dada por su superior quedan excusados, y no le imponen responsabilidad penal, a menos que la orden del superior sea de tal naturaleza que una persona de sentido y entendimiento normales habría advertido, teniendo en cuenta las circunstancias, que la orden era ilegal, o que el acusado sabía perfectamente que la orden era ilegal..." (todos los fallos transcrip-

tos se encuentran en el libro "The Law of War, a Documental History, Volumen II", editado por León Friedman).

f) **Tribunal Supremo Alemán, Sala Penal (1952), BGH st. 2,234:**

En este caso se juzgó a dos antiguos funcionarios del régimen nazi, que colaboraron en el transporte de miles de personas hacia campos de exterminio, donde la mayoría de ellas fueron asesinadas. Los acusados alegaron en su defensa haber actuado en cumplimiento de disposiciones legales que ordenaban la detención de "enemigos del Estado".

Sobre este punto dijo el tribunal lo siguiente: "en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe, a pesar de las diferencias que muestran los específicos ordenamientos jurídicos nacionales, un claro núcleo fundamental del derecho, el cual, conforme a una convicción jurídica general, no puede ser violado por ninguna ley ni por ninguna otra medida de la autoridad estatal. Comprende determinados principios fundamentales del comportamiento humano, considerados inviolables, los cuales se han venido formando a lo largo del tiempo sobre la base de convicciones éticas fundamentales y que son jurídicamente vinculantes, sin importar que existan disposiciones específicas de los ordenamientos jurídicos nacionales que parezcan permitir su desconocimiento...". "...Las disposiciones legales que de ninguna forma tienen como objetivo la justicia, que niegan concientemente el concepto de igualdad, y desprecian claramente las convicciones jurídicas, comunes a todos los pueblos civilizados, que se relacionan con el valor y la dignidad de la persona humana, no crean ningún derecho y una conducta realizada conforme a aquéllas sigue constituyendo un injusto, en aquellos casos de violaciones evidentemente groseras contra los principios básicos de justicia y humanidad no sólo debe negarse la legalidad de las medidas estatales; la grosería y lo evidente de la violación será también un seguro indicio de que aquellos que ordenaron, ejecutaron o promovieron las órdenes, actuaron con conciencia de su antijuridicidad... En un Estado que tiene aparentemente como objetivo servir a la justicia y respetar la dignidad y el valor de la persona humana, se estará lejos de creer que sus normas legales y disposiciones puedan contradecir los principios de igualdad y humanidad...".

En un fallo posterior (1964) el mismo tribunal rechazó los argumentos del acusado acerca del error sobre la legitimidad de las órdenes respecto de la matanza de civiles indefensos: "...él sabía, a pesar de su largo adoctrinamiento en la SS, que estaba dirigido al aprendizaje en la obediencia ciega, que no toda orden es 'sagrada' y que no toda orden del líder nazi obligaba a la obediencia incondicionada sino que el deber de obediencia tenía un límite, aun frente a Hitler, Himmler u otro líder nazi, fijado por la ley y la moral y que a tales órdenes, que estaban evidentemente en contradicción con toda moral humana y todo orden jurídico —como es el caso aquí de la orden de matar—, se les debía negar obediencia si es que no deseaba colaborar en forma conciente en un delito...".

Más adelante, el Tribunal rechazó la alegación del acusado de haber actuado coaccionado por sus superiores, ya que: "el comportamiento global del acusado deja entrever claramente su disposición interna de ejecutar por medio de su escuadrón la orden recibida..." (Este último fallo se encuentra transcrito en el libro "Justiz und Ns. Verbechen", Tomo XX, pág. 23, y siguientes).

g) Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, del 22 de noviembre de 1952 (BGH st. 2,251).

Los acusados, integrantes de la SS, habían asesinado a cuatro civiles indefensos en cumplimiento de una orden del superior.

El tribunal rechazó las excusas de los imputados que alegaban haber actuado bajo la eximente de la obediencia debida de esta manera (págs. 257/258): "...El derecho penal no conoce una causal de exculpación basada en la ciega obediencia y no la puede reconocer, ya que, de tal forma, renunciaría a los fundamentos de la responsabilidad del ser humano como persona. Aun el mismo juramento nazi a la bandera..., el cual obligaba a los soldados a una obediencia incondicional respecto de Hitler, no eliminó la excepción obligatoria del parágrafo 47 del Código Penal Militar... aun cuando el juramento de la SS y la pertenencia a aquella estableciese la obediencia ciega, ello sería jurídicamente irrelevante. Quien se somete voluntariamente a una voluntad ajena, sigue siendo penalmente responsable. Los códigos penales militares de casi todos los estados muestran que

las condiciones militares no justifican una eliminación, sino tan sólo una restricción de la responsabilidad del subordinado.

El parágrafo 47 del Código Penal Militar Alemán aplicaba al subordinado la pena del partícipe cuando aquél ejecutaba una orden del superior que reconocidamente estuviese dirigida a la comisión de un crimen o delito. En el ámbito del derecho anglosajón, últimamente, sólo disculpa el no haber podido reconocer la antijuridicidad... Los acusados se remiten así en vano a un supuesto derecho especial de la SS. Para ellos, sólo sería de aplicación el par. 52, del Código Penal y de ninguna manera el par. 47, del Código Penal Militar. En el mejor de los casos, la orden podría tener alguna relevancia en tanto aquélla contuviese una amenaza que involucrara un peligro mortal o corporal. De acuerdo a las constancias del juicio, la orden no pertenecía a esa categoría. Los acusados no se encontraban, así, en estado de necesidad, de acuerdo a la convicción del tribunal de grado. Tal como éste lo ha comprobado, los acusados no tenían que temer un peligro de muerte o corporal si rehusaban la orden. Tal temor no fue expresado entre ellos y tampoco a terceros y la participación no fue prestada como consecuencia de aquél, sino que ejecutaron la orden —reconocida como anti-jurídica— debido a que la consideraban vinculante en su condición de integrantes de la SS y de nazis convencidos. Ello no constituye un estado de necesidad sino un accionar responsable motivado en una ciega obediencia voluntaria por propia responsabilidad”.

9º) Que en nuestro medio las tendencias liberales en la materia fueron puestas de manifiesto, en el siglo pasado, por Carlos Tejedor, quien se ocupa de ellas apoyándose en Chaveau y Pellegrino Rossi.

En tal marco dice que “...Tratándose de los militares principalmente, se ha sostenido la doctrina de la obediencia pasiva. Los militares, se dice, no deben juzgar ni ver, sino con los ojos de sus jefes. El jefe sólo es responsable de una orden criminal. Esta doctrina nos parece demasiado absoluta. Toda obediencia debe cesar cuando la orden es abiertamente criminal. No es cierto que tampoco los militares sean siempre ciegos instrumentos. La ordenanza los obliga muchas veces a verificar la legitimidad de las órdenes que reciben...”. (Car-

los Tejedor, Curso de Derecho Criminal, 1ra. parte, 2da. edición, Buenos Aires, 1871, págs. 49/50). En la nota 3 de este párrafo, manifiesta Tejedor que “La obediencia pasiva sólo es indispensable al despotismo. Los antiguos distinguían los delitos atroces de los lijeros” (loc. cit. al pie).

En páginas precedentes afirma el autor citado “Que difícilmente se admitiría la orden superior como justificación de un verdadero delito; porque bajo nuestra forma de gobierno, y por el espíritu de nuestras instituciones la obediencia no tiene el alcance que en los tiempos antiguos” (op. cit., pág. 30).

10) Que las mismas ideas fueron sustentadas en los momentos iniciales de nuestra organización nacional definitiva, como lo revela el debate de la ley nº 182 del Congreso de la Confederación, en oportunidad de discutirse la norma que sancionaba penalmente a quienes ejecutaban un arresto o prisión sin orden escrita.

El senador Palma se opuso a esta norma, objetando que: “...si los ejecutores fueran personas que entendieran el derecho, enhorabuena que sufrieran la pena; pero los delitos que se cometen por ignorancia del derecho, ésta no perjudica al que los comete. Por consecuencia yo estaré contra esa pena: al mandatario ignorante que obedece por hábito de sumisión, impulsado tal vez por la educación militar que reciben nuestros hombres de campaña. El día que consigamos civilizar estas masas, entonces será la época oportuna de exigir del hombre vulgar o del pueblo, el cumplimiento exacto de sus deberes en sociedad”. La respuesta que a esta opinión brindara el senador Vega merece, por su claridad y el valor que conserva en nuestros días, como lo demuestran los hechos que se juzgan en el *sub judice*, ser transcripta también literalmente “...supongamos que un jefe de policía manda dar muerte a un ciudadano. Yo pregunto si los ejecutores de esta orden, son o no responsables del asesinato; indudablemente que sí, porque los ejecutores de la orden deben saber que su superior, el jefe de policía no tiene facultad para expedir órdenes de semejante carácter...”.

“Para esto no creo que sea necesario tener perfecto conocimiento del derecho, sino que basta comprender los deberes inherentes al

cargo que se ejerce; basta que el funcionario sepa que no debe obedecer a ciegas a su superior; basta que sepan los vigilantes que no son viles esbirros del poder absoluto...”.

“Para moralizar la administración, para garantizar al ciudadano contra los avances del poder, es preciso que los ejecutores tengan también una pena” (cf. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso Nacional; núm. 25, sesión del 2 de julio de 1863, pág. 231, 1ra. y 2da. columna).

La entera tradición de la jurisprudencia está sintetizada en el expresivo dictamen del Procurador General, doctor Francisco Pico, en el caso de Fallos: 5, pág. 181 (págs. 188/192) que la Corte Suprema hizo suyo y que se transcribe: “La orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden, y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley, y constituye en sí mismo un crimen.

“¿Por qué? —Porque el hombre es un ser dotado de voluntad y discernimiento: no es un instrumento ciego e insensible.

“El no debe obediencia a sus superiores, sino en la esfera de las facultades que éstos tienen.

“Y aun dentro de esa esfera, si el acto constituye evidentemente un crimen, como por ejemplo, si un oficial que manda un puesto ordena a sus soldados que hagan fuego sobre los ciudadanos inofensivos y tranquilos que pasan por la calle; si el jefe de una oficina de contabilidad ordena a sus subordinados que consignen en los libros partidas falsas o falsifiquen documentos; si un jefe militar ordena a los soldados que hostilicen al Gobierno. En estos casos y otros semejantes, la obediencia no es debida, porque es evidente que esos actos son crímenes que las leyes reprueban y castigan, y el agente que los ejecuta debe sufrir la pena, sin que pueda ampararse de una orden que no ha debido obedecer, si no hubiese tenido la intención criminal.

“Esta es la doctrina uniforme de los jurisconsultos, conforme con la disposición de la ley 5, tít. 15, part. 1^a.

“El principio no puede ofrecer dudas, sino en los casos oscuros, en que no es fácil discernir si el acto que se manda ejecutar está o no prohibido por la ley, si se halla o no dentro de las facultades del que lo ordena. Si en estos casos puede ser absuelto el agente, no es seguramente porque la orden lo libre de responsabilidad, sino porque no ha habido conocimiento ni intención de cometer un crimen”.

Así como Francisco Pico trazó, en los albores de la Corte Suprema reglas dogmáticas concernientes a la obediencia militar, José María Moreno en su célebre informe del año 1874 dio las razones de carácter político institucional en que se basan dichas reglas. El ilustre juriconsulto manifestó “. . . ¡Cuán diferente, entonces es la condición política y civil del militar, según la Constitución, y según los principios y máximas de la ordenanza española!

“El militar entre nosotros, es el ciudadano a quien la nación ha entregado las armas para defender la integridad de su territorio contra los ataques del exterior, y el imperio de la Constitución y de las leyes, en el interior. A él están confiadas la guarda de la Constitución, el respeto a la ley, la conservación de las libertades y garantías del pueblo, de que forma parte. Su primordial deber, cuyo cumplimiento garante bajo la fe del juramento, es defender la Constitución y las leyes, a que está ligada íntimamente la existencia de la patria, contra cualquiera que osara conculcarlas, sirviendo así los intereses del pueblo, único soberano de que emana toda autoridad y todo poder constituido en el Estado.

“Lejos de servir los intereses de una persona y de considerar las determinaciones de su voluntad como la única regla de sus actos, el militar argentino sólo puede servir los intereses del pueblo, y únicamente puede considerar como regla invariable de sus actos las prescripciones de la Constitución y las leyes, de que en ningún caso le es lícito prescindir, cualesquiera que sean las órdenes que reciba de una autoridad superior en jerarquía. El mayor crimen que pudiera cometer, es la traición a la patria, es la violación de la Constitución, es el desconocimiento de la soberanía del pueblo, es en fin, la conculcación de las leyes; porque entonces volvería sus armas contra su patria, habría violado la fe de su juramento y habría cons-

pirado contra la naturaleza y fines de la institución a que pertenece...” (Obras Jurídicas del doctor José María Moreno, reunidas y publicadas por los doctores Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, tomo 3º, Buenos Aires, 1883, págs. 281/282).

11) Que cabe observar, luego de esto, que si la obediencia ciega es absolutamente incompatible con el régimen republicano, sus raíces filosóficas son de tal índole que no se concilian con los sentimientos corrientes aun en regímenes políticos de otras características.

Grocio (op. y vol. cit., pág. 608), pone de relieve la razón por la cual Aristóteles no responsabiliza al siervo por la acción ilícita ordenada por el dueño. En el libro V de la *Ética a Nicómaco*, recuerda el maestro holandés, el Estagirita cuenta entre aquéllos que llevan a cabo una acción injusta, sin obrar, empero, injustamente, al servidor del señor que da la orden, y es éste, como principio de la acción, quien obra injustamente, dado que en el servidor la facultad de deliberar no es completa.

En realidad, Grocio ofrece un resumen de varias ideas que se hallan, efectivamente, en el Libro V de la *Ética a Nicómaco* (especialmente Cap. 6 —parágrafos 1134a y 1134b— Cap. 8 —parágrafo 1135a— y Capítulo 9 —parágrafo 1136b—, y utiliza parte de la exposición sobre este último que efectúa Santo Tomás de Aquino en su comentario. En el párrafo pertinente aclara muy bien el texto aristotélico y se expresa así: “...Dice que de múltiples maneras se dice que se hace una cosa. De una como la hace el agente principal. De otra como lo hacen los instrumentos. Es de esta manera como puede decirse de ciertas cosas inanimadas —como la flecha, la espada o la piedra—, matan, o que la mano mata, o que mata el siervo que obedece una orden. De los cuales ninguno, hablando formalmente, hace lo injusto aunque haga cosas que sucede que son injustas, porque hacer lo injusto —como ser voluntario— le compete al que tiene principio de la acción, como se ha dicho...”. (Santo Tomás de Aquino “Comentario de la *Ética a Nicómaco*”, traducción y nota preliminar de Ana María Mallea, Buenos Aires 1983, Lección XV, nº 1071, pág. 308).

Ahora bien, según Aristóteles, la acción voluntaria es la que depende del agente y está realizada con discernimiento (Cap. 8 —pa-

rágrafo 1135a), y la capacidad de discernir lo justo de lo injusto sólo se da entre libres e iguales, entre los que no figuran los esclavos (Cap. 6 —parágrafos 1164a y b—).

Grocio señala, en una nota del loc. cit., que Temistio —un filósofo y retórico del Bajo Imperio— observa que los príncipes se asemejan a la razón, y los soldados a la cólera (que es ciega). O sea que con la desaparición de los ejércitos cívicos, y la transformación de los soldados-ciudadanos en mercenarios, se equiparó en la Antigüedad su condición de servidumbre.

El conocido rechazo de Aristóteles al principio de libertad e igualdad de todos los seres humanos, su afirmación de que el esclavo participa de la razón sólo hasta el punto de reconocerla pero no de poseerla (Política, Libro I, Cap. 5, párrafo 1254b), es pues el sustento de la obediencia ciega y totalmente irresponsable.

La obediencia ciega, hija de la servidumbre antigua, sólo tiene su lugar lógico, contemporáneamente, en los regímenes autocráticos, como lo observa Kelsen. Al referirse al tema el gran jurista destaca que la confusión entre la instancia que dicta la norma ilícita y la que juzga la desobediencia a ésta “es una característica de la organización autocrática de las autoridades, y sólo se justifica desde aquel punto de vista que considera más importante la obediencia que la jurisdicción. De la mentalidad de este tipo autocrático de organización proviene también la teoría según la cual el órgano está obligado a cumplir incluso las órdenes irregulares por ilegalidad o inconstitucionalidad, no pudiendo negarles obediencia ni aun por su cuenta y riesgo. Pero esto no puede afirmarse absolutamente como una consecuencia de la naturaleza de la relación entre los órganos o de las disposiciones mismas, sino sólo como precepto de Derecho positivo, allí donde exista”. (Teoría General del Estado, traducción directa de Luis Legas Lacambra, México, 1959, pág. 379).

En fin, queda en claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente. Como la función de la Corte Suprema es aplicar la Constitución, la hermenéutica que realice de las normas sobre obediencia militar no podrá ser ajena ni a los principios republicanos y democráticos, ni a la tradición jurídica milenaria

que también en esta materia postula, ante todo, el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable, y por ello le exige que así se comporte, no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas.

12) Que cabe a esta Corte adoptar una interpretación de la obediencia militar que, en el mismo orden de las ideas expresadas, se adecue a los compromisos internacionales contraídos por el Estado Argentino.

Al respecto, debe recordarse que la ley 23.338, sancionada el 30 de julio de 1986, promulgada el 19 de agosto de ese año y publicada en el Boletín Oficial del 26 de febrero de 1987 ha aprobado la Convención contra las torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y firmada por el gobierno argentino el 4 de febrero de 1985.

El instrumento ratificatorio fue firmado por el Presidente de la Nación el 2 de setiembre de 1986 y depositado en la sede de las Naciones Unidas el día 24 del mismo mes y año, según el informe que consta en la Secretaría del Tribunal.

Este Tratado no parece formar, todavía, directamente parte de nuestro derecho interno, pues de las veinte ratificaciones requeribles por su art. 27, según las informaciones de la Cancillería Argentina, se han producido diecinueve. Sin embargo, la Convención aludida tiene plenos efectos en cuanto a la creación de responsabilidad internacional para el estado argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, cuyo art. 18 dispone, en lo pertinente, que "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustraren el objeto y el fin de un tratado:

Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en lo tratado; o

Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”.

El art. 2º de la Convención establece que “1.- Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que está bajo su jurisdicción. 2.- En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3.- No podrá invocarse una orden de un funcionario superior de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

13) Que la gravedad de los hechos penales ha sido considerada de un modo no invariable por el legislador en oportunidad del dictado de las diversas leyes de amnistía sancionadas en nuestra historia.

La idea de impedir que fueran desincriminadas acciones de barbarie o vandalismo fue claramente expresada en el proceso de formación de la ley 714 (cfr. “Amnistía Política, Antecedentes Legislativos”, Oficina de información parlamentaria, Bs. As., 1973, págs. 17 a 21). La ley 14.296, al par que concedió “amplia amnistía general por delitos políticos” (art. 1º), dispuso que ello no alcanzaría a los “vinculados con actos de terrorismo realizados con fines políticos” (art. 3º).

Por su lado, el decreto-ley 7603/63 amnistió a los actos abarcados por la ley 15.293 y el decreto 2639/60, los cuales tendían a la represión de actividades de intimidación pública, subversión y terroristas. En 1973, la ley 20.508, amnistió a los hechos perpetrados por móviles políticos, sociales, gremiales o estudiantiles “cualquiera sea el bien jurídico lesionado, el modo de comisión y la valoración que merezca la finalidad perseguida mediante la realización del hecho”.

A su vez, registran antecedentes legislativos que en su letra, se extienden desde la sola mención de los delitos políticos y/o militares (leyes 843, 2310, 2713, 3223, 4939, 11.626 y 12.673) a la expresa

cita de los delitos comunes conexos a los políticos y/o militares (ley 14.436, decretos-leyes 63/55, 3433/55 y 18.325/69).

14) Que la distinción, firmemente sostenida por la jurisprudencia entre delitos políticos y delitos comunes conexos, está mantenida, desde entonces, en la jurisprudencia de esta Corte Suprema con la idea de excluir de la impunidad acciones de barbarie o vandalismo. Así en el caso de la excarcelación de Ricardo López Jordán (Fallos 21:121) se puso de relieve que la impedía la circunstancia de haber autorizado durante la rebelión gran número de homicidios, desde “gran número de homicidios, siendo las víctimas unas veces fusiladas, otras ejecutadas a cuchillo; por haber hecho azotar un considerable número de individuos, muriendo uno de ellos inmediatamente después...”. El Tribunal agregó “que aunque es posible que en definitiva no resulten todos esos cargos suficientemente justificados, aunque es posible que el acusado logre desvanecerlos y así es de desear que suceda, por su propio bien y por honor del país y de la humanidad” (pág. 129).

Iguales consideraciones aparecen en Fallos 54:432, considerando 3º. (pág. 464).

Reviste interés advertir que la misma doctrina fue aplicada para condenar a los responsables de la masacre de la Estación Pirovano (Fallos 115:302), ocurrida cuando un grupo de suboficiales y soldados participantes de la rebelión de 1905 se amotinaron contra los dirigentes locales de la insurrección y los asesinaron.

En el caso, la Cámara Federal de La Plata, cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, expresó que ... “los homicidios llevados a cabo en oficiales y miembros de la junta civil revolucionaria y, especialmente, la muerte del teniente Verniard, no son formas o manifestaciones necesarias, tendientes a preparar o llevar a cabo el acto de rebelión o necesarios para la consecución y feliz éxito de la contrarrebeldión, que los procesados afirman haber tenido la intención de efectuar, contrarrebeldión que ha podido llevarse a cabo, defendiéndose los procesados sólo a fuerza de inercia, en el caso que los revolucionarios hubieran pretendido seguir adelante en su empeño. Son actos de barbarie inútil”. Dupin observaba al res-

pecto y con sobrada razón, “que la bandera de la insurrección, semejante al pabellón que cubre la mercancía, protegería la mezcla de todos los crímenes accesorios, de todas las atrocidades, tales como las venganzas privadas, el fusilamiento de prisioneros, el homicidio, las torturas, las mutilaciones, todo quedaría de este modo excusado en nombre de la política” (págs. 323/324).

Por otro lado, en oportunidad de la aplicación de la ley 14.436, el Tribunal expresó que el perdón indiscriminado de los delitos atroces, cometidos de una manera inhumana, carentes de relación atendible con el móvil político alegado, “rayaría... con la arbitrariedad en el ejercicio del poder normativo” (Fallos 254:315). Empero, tal afirmación constituyó exclusivamente una “pauta” que condujo a excluir la posibilidad de que por la mera vía de la interpretación pudiesen quedar comprendidos en amnistía hechos como los mencionados. Es más, fue advertido con claridad, en esa ocasión, que “la jerarquía básica de los valores a que sirve la ley de amnistía hace pertinente que la voluntad legislativa sea escrupulosamente respetada” —Fallos 245:455 y otros—, al paso que también se puntualizó que la citada arbitrariedad puede “escapar a la revisión jurisdiccional de esta Corte”. También fue subrayada la “indeterminación del art. 1º” de la ley y la discusión parlamentaria, como elementos para tener por “correcta” la exégesis limitada que consagró.

En cuanto al pronunciamiento publicado en Fallos 286:59, si bien en él se manifestó que eran ajenos a la ley de amnistía 20.508 “aquéllos que poniéndose al servicio de la opresión, usurpando el poder y con abuso de autoridad, desencadenan el terror, el odio y la violencia”, no es menos cierto que ello provenía del previo señalamiento del carácter común de estos delitos, cuyos autores no había querido la norma amparar: “...esta ley no quiere beneficiar a los protagonistas de delitos comunes y entre ellos a aquéllos que poniéndose al servicio de la opresión...” (considerando 4º).

Por último, en el caso de la extradición del médico alemán Gerhard Bohne, acusado de ser jefe de la organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, camufladas como cuartos de duchas. En

la oportunidad la Corte Suprema produjo una sentencia de especial valor, cuyos considerandos 14, 15 y 16 se transcriben a continuación:

“14) Que, en consecuencia, ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición, cuando se trata de hechos delictuosos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad; esto, sin perjuicio de señalar que tal alegación no es admisible en cuanto el empleo de la eutanasia ninguna relación ostensible guarda con las infracciones políticas o militares.

“15) Que esta Corte Suprema ha negado el carácter de delito político a hechos particularmente graves y odiosos por su bárbara naturaleza, según así resulta de lo decidido en Fallos: 21:121; 54:464; 115:312.

“16) Que en el *sub judice* es evidente que las acciones enrostradas al acusado revisten esa índole por ser lesivas de sentimientos de humanidad elementales, dada la magnitud de los hechos de que se trata, la condición de enfermos indefensos que revestían las víctimas y el procedimiento empleado para eliminarlas; tan ello, así, que no en vano los mismos responsables de la ‘operación T.4’ se preocuparen de ocultarla a los familiares de los sacrificados y al pueblo alemán, disfrazando al organismo encargado de llevarla a cabo mediante el empleo de denominaciones engañosas sobre su verdadera función, tales como las de ‘Comunidad de Trabajo del Reich para Manicomios y Asilos’, ‘Fundación de interés común para la asistencia de Sanatorios’ y ‘Sociedad limitada de interés común para transporte de enfermos’”.

Obtenidos estos resultados, es preciso pasar al análisis técnico del art. 514 del Código de Justicia Militar y sus disposiciones concordantes, que debe verificarse a la luz de los principios reseñados.

15) Que, cabe advertir en primer término que desde un simple examen gramatical del art. 514 del C. J. M., se desprende, sin lugar a dudas, que así como la irresponsabilidad del ejecutor no cubre en ningún caso la responsabilidad de quien emitió la orden, la responsabilidad de éste no excluye, en todos los supuestos, el reproche de aquél.

En tal sentido, se ha afirmado al fallar en la causa C. 895. XX. "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del P. E. N.", sentencia del 30 de diciembre de 1986, que un detenido análisis de la norma, cuya interpretación viene cuestionada a esta instancia, permite afirmar que la ley militar atribuye responsabilidad a título de autor, al superior que dio 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" (Conf. cons. 15, del Voto de los Jueces Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué).

16) Que, sentado lo expuesto, corresponde determinar cuál es el alcance de la obediencia debida en el art. 514 del C. J. M.; ello obviamente implica delimitar, a su vez, en qué casos el superior y el inferior deben ser considerados conjuntamente responsables.

Es oportuno recordar al respecto que el Tribunal ha reconocido, en el fallo antes mencionado —cons. 15 del voto de la minoría— que 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 de servicio, limitando la posibilidad de inspección del mandato recibido (art. 675 del C. J. M.) y sancionando la falta de obediencia (arts. 667 y 674 del C. J. M.).

Ahora bien, las condiciones que la disciplina militar impone, si bien inciden en la modalidad con que debe prestarse obediencia, y aquí reside la diferencia con otros ámbitos, por ejemplo el administrativo, en nada influyen respecto del carácter y límites de la obediencia en sí.

En efecto, de la circunstancia de que en el ámbito militar el poder de revisión del subordinado respecto de los mandatos que reciba se encuentra especialmente limitado, no se deriva la consecuencia de que cualquiera sea el contenido de la orden el inferior quedará exento de responsabilidad por su cumplimiento.

Ello es así primordialmente cuando se trata de un mandato manifiestamente ilícito, pues en tal hipótesis, el inferior que lo recibe no necesita gozar de poder de revisión alguno, toda vez que, al ser evidente su ilegitimidad, no hará falta que ejerza ningún examen para advertirla.

17) Que, de lo afirmado en el considerando anterior, se deduce que la causal de impunidad recibida en el tantas veces mencionado art. 514 del código castrense, funcionará siempre dentro de los límites que ese mismo ordenamiento legal impone. Así, cuando la orden de que se trate sea de un contenido ilícito no manifiesto, en tanto el subordinado la reciba de su superior en ejercicio de sus funciones, —acto de servicio—, y a su vez determine el cumplimiento de un acto que también para el inferior se enmarque en el ejercicio de su función, la eximente en análisis tendrá entonces operatividad. Fuera de estos límites, cuando como en el caso de autos, se está frente a un mandato cuyo contenido contradice de un modo evidente los principios y convicciones de la conciencia jurídica general, el subordinado que cumpla tal orden habrá excedido el ámbito en que la eximente de la obediencia debida funciona haciendo responsable sólo al superior que hubiera emitido la orden, y por lo tanto el inferior será, junto con aquél, merecedor de reproche penal por el hecho cometido.

Por ello, no es en verdad necesario, para decidir en relación a los hechos juzgados en esta causa, determinar cuál es el lugar sistemático que ocupa la obediencia jerárquica en la teoría del delito, toda vez que cada una de las acciones por las que el *a quo* ha condenado, constituyen claros excesos respecto de los límites de la causal alegada.

En efecto, los autores que consideran a la eximente aludida como una causa de justificación, la limitan a los casos en que la orden no vulnere manifiestamente el ordenamiento jurídico, o suponga la imposición de un comportamiento que lesione la dignidad humana, o se oponga a las reglas generales del Derecho Internacional, etc. (Conf. Hans Heinrich-Jeschek, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1978, Ed. Bosch, Vol. I, pág. 539; Santiago Mir Puig, "Derecho Penal" Parte General, Segunda Edición, Barcelona, 1985, págs. 428/439, especialmente 432).

Por otra parte, entre quienes entienden que se trata de un supuesto de coacción, en virtud de las consecuencias que el ordenamiento militar prevé para los casos en que el subordinado no cumpla con lo que se le ordena, merece destacarse la opinión de Edmund Mezger, quien considera que existen límites más allá de los cuales ya no puede obedecer el subordinado, sino que éste actúa culpablemente y es, en consecuencia, punible. Ello es así principalmente, en opinión del autor citado, en aquellos casos en que se trate de órdenes que niegan sin más el ordenamiento jurídico (Conf. "Derecho Penal, Libro de Estudio. Parte General". Trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958, Ed. Bibliográfica Argentina, págs. 266/267). Asimismo, entre los autores nacionales que se inscriben en esta última línea, Ernesto Ure (h.) señala que, en razón de que aquel ordenamiento jamás puede imponer la ejecución de actos sustancialmente ilícitos, es menester aplicar con estrictez los requisitos que rigen para la coacción, o sea, analizar si las consecuencias que pueden derivar para el subordinado del incumplimiento de la orden ilegítima, constituyen un mal inminente y mayor que el que es susceptible de producir la ejecución del acto (Conf. "Obediencia debida e inculpabilidad", L. L. T. 126, pág. 976, esp. 979).

Corresponde agregar, además, que siempre resultará necesario verificar que el subordinado al cumplir lo ordenado y lesionar el bien jurídico del cual se trate, lo haga impulsado por la amenaza del mal que implicaría el incumplimiento del mandato, dado que no cabría desde ningún punto de vista hablar de coacción si el inferior actuase, como dijera la Corte de distrito de Jerusalem, al fallar en el caso Eichmann, "...con convicción interna, de todo corazón y gustoso..." (Conf. "The Law of War, A Documentary History", Edited by León Friedman, Randon House, New York, pág. 1684).

Por último, los autores que entienden que la obediencia debida comprende un supuesto de error, posición mayoritaria en la doctrina, obviamente limitan la operatividad de la causal, a aquellos casos en los que el mandato no se revela ilegítimo de manera evidente; ello es así pues, si bien el superior no tiene competencia para ordenar la comisión de un ilícito, ni el inferior para cometerlo, "...cuando la incompetencia no sea manifiesta, debe admitirse la eximente en favor del

subordinado que obra de buena fe" (Conf. Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal" Ed. Losada, Buenos Aires, 1962, T. VI, pág. 827. En igual sentido, Carrara, "Programa de Derecho Criminal, Parte General", Vol. I, parág. 316, pág. 214, Ed. Temis, Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1977; Octavio González Roura, "Derecho Penal Parte General", Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1922, T. II, págs. 48 y ss; Raúl Ramayo, "La obediencia debida en el Código de Justicia Militar", Boletín Jurídico Militar nº 14, 1972, pág. 9 y "La obediencia debida como causal de inculpabilidad", La Ley, T. 115, pág. 1092, entre muchos otros).

18) Que la breve reseña efectuada en el considerando anterior, evidencia que la discusión doctrinaria se vincula con la determinación del lugar sistemático que a la obediencia debida corresponde otorgar en la teoría del delito. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la existencia de los límites dentro de los cuales es admisible la operatividad de la eximente, pues en tal sentido, puede afirmarse sin hesitación alguna que, cuando se está en presencia de delitos como los de que se trata en la causa, la gravedad y manifiesta ilegalidad de tales hechos determinan que, como lo demuestran los antecedentes históricos a los que se hiciera referencia anteriormente, resulte absolutamente incompatible con los más elementales principios ético jurídicos sostener que en virtud de la obediencia debida se excluya la antijuridicidad de la conducta, o bien el reproche penal por el ilícito cometido.

19) Que por otra parte, sólo a partir del reconocimiento de tales límites de la causal en estudio, es posible interpretar racionalmente el art. 514 del C.J.M. de modo tal que esa norma se ajuste además a las disposiciones establecidas en nuestra Constitución Nacional.

En efecto, sólo una interpretación irrazonable y meramente gramatical del art. 514 del código castrense puede conducir a afirmar que conforme a esa norma el inferior será responsable únicamente cuando además de dar cumplimiento al mandato ilícito, se "exceda" esto es, lleve a cabo otro delito no comprendido en el marco de la orden.

Adviértase que tal sentido del término "exceso" sólo podría sostenerse si se acepta que la norma en cuestión consagra la responsa-

bilidad objetiva de quien emitió la orden, quebrantando el principio de culpabilidad que, como lo ha reconocido este Tribunal consagra el art. 18 de la Constitución Nacional (Conf. Fallos: 194:386; 293:157 y 592; 303:267; entre muchos otros); de otro modo no se podría explicar por qué el superior sería responsable de un hecho no ordenado por él. Al respecto señalaba Carlos Tejedor: “¿Cómo imputar al mandante un hecho que no ha querido?... Los antiguos distinguían si el mandante podía prever el acontecimiento, si éste era la consecuencia probable de la comisión, se le consideraba autor. Pero en caso contrario, o si era nuevo el delito ejecutado, el mandante no respondía sino de la comisión” (Conf. “Curso de Derecho Criminal”, Segunda Edición, Buenos Aires, 1871, pág. 32). Cabe aclarar además, que si el ilícito no ordenado se encontrara alcanzado por el dolo eventual de quien emitió el mandato, entonces ya no sería posible hablar de “exceso” por parte del ejecutor, de otro modo se llegaría al absurdo de afirmar que la expresión “exceso” está empleada para referirse a un dolo directo del ejecutor alcanzado por el dolo eventual del superior.

20) Que, tales razones demuestran que el giro “... se hubiere excedido en el cumplimiento...”, utilizado en el art. 514 del Código de Justicia Militar, sólo puede referirse, como ya se dijera en el considerando 17, a un exceso respecto de los límites de la exigente de la obediencia debida. Ello, por otra parte, se concilia con los antecedentes legislativos de la norma en examen.

En efecto, el art. 6º del Código Penal Militar de 1895 establecía en su inciso 1º la imposición de las penas de la complicidad al inferior, “cuando se haya excedido en la ejecución de la orden que le fue dada”, y en su inciso 2º, “cuando haya firmado, transmitido o ejecutado la orden de su superior que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar”. A su vez, el texto de esa norma es del mismo tenor que el del parág. 47 del Código Penal Militar Alemán de 1872, transcripto en el considerando 5º, que imponía a los subordinados la pena correspondiente al partícipe cuando se hubiese “... excedido en la orden” (inc. 1º) o bien cuando “... sabía que la orden del superior jerárquico concernía a una acción que tenía por objeto la realización de un crimen o delito común o militar” (inc. 2º).

Al comentar el párrafo citado, los autores alemanes afirmaban que el inciso 1º constituía una disposición superflua, pues en caso de referirse a un hecho distinto del ordenado por el superior ninguna relación existiría con el problema de la obediencia debida (v. Handbuch der Gesetzgebung in Preussen und dem Deutschen Reiche, tomo II, Militar Strafrecht, Heer und Kriegsflotte, por el Dr. Julio M. Schlayer, Berlín 1904, p. 27 y sigs.; Militar Strafrecht Fur Heer und Marine des Deutschen Reiche, de Kurt Essner von Gronow y Georg Sohl, Berlín, 1906, pág. 52 y sigs.; Lehrbuch des Deutschen Militar Strafrechts, de Karl Hecker, Stuttgart, 1887, pág. 89 y sigs. Militar Strafgesetzbuch Fur das Deutsche Reich, de Paul Herz y Georg Ernst, Berlín, 1908, pág. 85 y sigs.).

Por ello y lo precedentemente expuesto, una interpretación literal del art. 514 del C.J.M. o una interpretación que pretendiera que históricamente la intención del legislador fue la de consagrar la obediencia ciega, haría incompatible a dicha norma con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías establecidos en nuestra Carta Magna.

En tal sentido, ha dicho esta Corte Suprema, que, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. Esta indagación no debe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonada y sistemática así lo requiere. (Conf. Fallos 281:146 y 170; 283:239; 291:181; 293:528; 300:417; 301:489).

21) Que cabe ahora detenerse en el examen de otras normas del Código de Justicia Militar que se hallan vinculadas directamente con el tema en estudio.

En primer término, corresponde señalar que lleva razón el *a quo* cuando afirma que la exclusión de la "*remonstratio*" en el art. 675 no conduce a sostener que frente a una orden de evidente ilicitud, el subordinado esté obligado a cumplirla.

Ello es así pues la no suspensión del cumplimiento del mandato que esa norma dispone, se refiere a aquellos supuestos en los cuales el subordinado tenga dudas acerca de la legitimidad del contenido de

la orden. En tal hipótesis, el inferior no está dispensado de obedecer, y si por la ejecución de la orden se cometiere un delito, el único responsable será el superior, pues la conducta del subordinado quedará amparada por la eximente de obediencia debida.

Por el contrario, ante una orden de contenido ilícito evidente, el inferior deberá, para no ser responsable conjuntamente con el superior por el ilícito cometido, desobedecer el mandato. En tal supuesto, si bien la conducta del inferior incurrirá en el tipo penal contenido en el art. 674 del código castrense, la expresión “sin causa justificada”, que la citada norma contiene, al hacer referencia a un especial elemento de la antijuricidad, determina que frente a una orden manifiestamente ilícita, la acción típica quedará justificada.

Asimismo, dado que el tipo penal del art. 677 contiene todos los elementos del supuesto de hecho del art. 674, más aquél que demuestra un fundamento especial de lo ilícito, la resistencia ostensible o expresa ante el superior, que transforme a la desobediencia en más grave desde el punto de vista ético-social, resulta indudable que entre la mera desobediencia y la desobediencia calificada (insubordinación), existe una relación de especialidad, en la que la realización del tipo especial —insubordinación— no es sino una forma específica de realización del tipo básico —desobediencia—. Por ello, el elemento especial de la antijuricidad contemplado en el tipo básico, obviamente es aplicable en el caso de la agravante, pese a no encontrarse expresamente mencionado, pues su aplicación surge de los criterios generales.

Por otra parte, respecto del art. 187 del C.J.M., conviene aclarar que, conforme con lo dicho hasta aquí, en virtud de que un mandato de manifiesta ilegitimidad no genera el deber de obedecer, el inferior que reciba una orden de tales características debe, en primer lugar, desobedecer el mandato, con las consecuencias señaladas anteriormente —su conducta estará justificada— y, como cualquier otro funcionario público, deberá además denunciar el hecho para no incurrir en “encubrimiento”. No se trata pues de la obligación de denunciar los propios actos, lo que de ningún modo podría exigir la ley, dado que, de ser así, quebrantaría el principio constitucional según el cual,

nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la Constitución Nacional).

En cuanto al giro "... el superior de quien dependen... utilizado en el art. 187, es evidente que no indica que el subordinado deba radicar la denuncia ante el emisor de la orden ilícita, sino ante el superior jerárquico del cual dependen tanto aquél que emite el mandato como el subordinado que lo recibe.

Por último, resulta inobjetable la interpretación efectuada por los jueces de grado respecto del art. 516, en el sentido de que la atenuante de pena allí establecida encuentra su fundamento en que el abuso del superior motiva la reacción del subordinado, que, en virtud de esa provocación insuficiente, posee un menor contenido de injusto que da lugar a la atenuante, sin que exista relación alguna entre esa sanción y la supuesta emisión de una orden ilegal.

Ello se encuentra corroborado, como bien señala el *a quo*, en la circunstancia de que aquella norma contiene sólo ofensas, sea de hecho o palabra, a la persona del superior, sin que pueda explicarse —si la razón de la atenuante fuera la ilicitud del mandato— la ausencia de la desobediencia en la enumeración que el citado artículo 516 contiene.

22) Que la interpretación efectuada en los considerandos anteriores, en el sentido de que, conforme al ordenamiento jurídico militar de nuestro país, las órdenes de contenido ilícito manifiesto no poseen carácter vinculante para el subordinado, que en caso de ejecutarlas no quedará amparado por la eximente de la obediencia debida, ha sido la que tradicionalmente sostuvieron nuestros tribunales castrenses.

En efecto, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas ha establecido que la potestad de mando y el deber de obedecer no están atribuidos en forma discrecional, pues la primera ni se otorga a la voluntad omnímoda del que manda ni en obsequio a su persona, sino en bien del servicio, y correlativamente, el segundo no se cumple fuera de la órbita del derecho y del deber militar, única forma entonces para que ambos elementos, poder de mando y obediencia, puedan armó-

nicamente complementarse sin lesionar el interés público y social, fin superior de todo servicio público (conf. Boletín Jurídico Militar, Tomo I, pág. 77, N° 264).

Asimismo, los límites dentro de los cuales la obediencia debida funciona impidiendo el reproche penal del subordinado, fueron establecidos con meridiana claridad en la sentencia dictada por el Consejo de Jefes y Oficiales el 16 de octubre de 1923, al establecer que el accionar del imputado, consistente en haber efectuado con su firma falsas certificaciones, no constituía delito "...en razón de haber procedido el acusado en cumplimiento estricto de órdenes emanadas de su superior inmediato, órdenes que el acusado ha podido razonablemente considerar encuadradas dentro de la más absoluta legalidad..." (Ver Boletín Jurídico Militar N° 1, Enero-Junio de 1953, pág. 76, N° 260. El subrayado se agrega).

23) Que en razón de todo lo expuesto resulta erróneo afirmar que el art. 514 del C. J. M. es una norma de carácter más benigno que el art. 11 de la ley 23.049.

En efecto, conforme a la ley vigente al momento de comisión de los hechos, la eximente de obediencia debida no alcanza los mandatos de ilicitud manifiesta, de los cuales los hechos atroces o aberrantes son sólo una especie.

Por otra parte, según el art. 514, sólo cuando el inferior haya obrado en virtud de una orden su conducta podrá quedar amparada por obediencia jerárquica, en tanto que en el art. 11 de la ley citada, además de hacerse referencia a órdenes se alude a directivas, que es un concepto mucho más amplio que aquél. En tal sentido pues, la ley 23.049 es una norma de carácter más benigno que el art. 514 del Código castrense.

24) Que, en cuanto a la vinculación y alcances de la ley 23.521, en relación al caso de autos, corresponde aclarar que un examen meramente literal de la norma, conduciría a concluir que el legislador ha efectuado una interpretación acerca del modo en que los hechos ocurrieron durante el período abarcado por la ley.

En efecto, no es dable sostener que mediante la citada norma se ha efectuado una interpretación de la ley vigente al momento de comisión de los hechos, por el contrario, cabe afirmar que el legislador, conforme surge del texto de la ley en cuestión, ha determinado las circunstancias en que, según su apreciación, se desarrollaron las acciones de las personas que revistaban en los grados a que se alude en el art. 1º, primer párrafo. Sólo así ha podido establecer, de manera irrefutable, que existió coerción e imposibilidad de revisión de las órdenes (art. 1º, primero y tercer párrafo).

Respecto de lo establecido en el mismo precepto, párrafo 2º, la ley, consagra "la misma presunción" en relación a los oficiales superiores, que al momento de comisión de los hechos, no revistaban como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, pero condiciona tal presunción a que en el plazo que la norma fija no se resuelva judicialmente que esas personas tuvieron capacidad decisoria, o participaron en la elaboración de las órdenes.

25) Que en razón de lo expuesto, un examen ceñido a las palabras de la ley la haría incompatible con nuestra Carta Magna que, al adoptar en su art. 1º el sistema republicano de gobierno, determina, como principio fundamental, la división y separación de funciones entre los tres poderes del Estado. En virtud de ello se ha afirmado con acierto que mientras el Poder Legislativo obra para el futuro, el Poder Judicial lo hace sobre el pasado (Conf. Cooley, Thomas M. "Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América", Trad. Julio Carrié, Buenos Aires, 1898, 2da. ed., pág. 39 y ss., espec. 40).

En efecto, la función del Poder Judicial es precisamente la de determinar si los hechos, ocurridos en el pasado, que sean sometidos a su juzgamiento, encuentran subsunción o no en las normas que puedan entrar en consideración en cada caso concreto. Para cumplir esta labor los jueces deben interpretar la ley y los hechos, así como la manera en que acontecieron, pues sólo así resulta posible verificar la adecuación de los sucesos fácticos a la norma de que se trate.

Ahora bien, la función otorgada al Poder Legislativo por nuestra Constitución Nacional tiene como primordial objetivo la elaboración de normas generales y abstractas para la regulación, en principio, de hechos futuros.

26) Que ello sentado, y siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes Departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno (Fallos: 1:32). Tal conclusión surge claramente del estudio de los autores que forman parte de la gran tradición liberal europea de la cual nuestra Constitución Nacional es una directa depositaria. Así, Montesquieu señalaba en su clásica obra "Del Espíritu de las Leyes" (Tomo I, Libro XI, Capítulo VI, págs. 168/169, ed. 1973, París) al respecto: "... Existe en todo Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de aquéllas que dependen del derecho civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hacen las leyes por un tiempo o para siempre y corrige o deroga aquéllas que han sido hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los diferendos entre particulares. Se llamará a este último, el poder de juzgar al otro, simplemente, el poder ejecutivo del Estado. Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no existe libertad pues se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco existe libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo o del ejecutivo. Si aquél estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el juez sería legislador... Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de príncipes o de nobles o del pueblo, ejercieron estos tres poderes de hacer las leyes, el de ejercitar las resoluciones

públicas, el de juzgar los crímenes o los diferendos de los particulares...”.

27) Que la Constitución Nacional, “legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir...” (Fallos: 205:614) tuvo muy en cuenta las solemnes advertencias del insigne publicista citadas en el considerando anterior, al establecer un sistema de distribución de funciones (ejecutivas, legislativas y judiciales) ubicadas en órganos separados e independientes entre sí.

28) Que dentro del mencionado sistema institucional, le corresponde al Poder Judicial de la Nación, “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación” (art. 100 de la Ley Fundamental) lo que significa, indudablemente, que “la competencia y la obligación del Poder Judicial es decir qué es derecho” (Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, L. Ed. 60, 1803). Tan importante atribución del Poder Judicial no puede extenderse —si es que no se quiere destruir el delicado sistema de equilibrio entre los Poderes del Estado— a cuestiones abstractas o genéricas sino únicamente a aquellos casos concretos donde sea necesaria una decisión judicial para resolver una controversia o litigio que se produzca por acción de una parte y defensa de la otra respecto de la aplicación práctica de la ley (doctrina de Fallos 1:27; 95:51; 115:163; 156:318; 242:353; 243:176; 256:104; 306:1125, entre otros).

29) Que correlativamente a las limitaciones impuestas al ejercicio del Poder Judicial, la Carta Magna ha señalado precisos confines al poder legislativo para la realización de sus importantes atribuciones. Es así que el Congreso de la Nación a diferencia de los jueces, tiene como objetivo fundamental, el de elaborar normas generales y abstractas que han de regir las futuras conductas individuales. Tal característica distintiva de las normas legislativas fue señalada con singular acierto por Jean-Jacques Rousseau.

“...Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los sujetos en grupo y a las acciones

como abstractas, nunca a un hombre como individuo ni a una acción particular. Así la ley bien puede establecer que habrá privilegios, pero no se los puede dar a una persona, la ley puede crear muchas clases de ciudadanos, hasta asignar las cualidades que darán derecho a estas clases, pero no puede designar a tales y cuáles para ser admitidas en ellas, puede establecer un gobierno real y una sucesión hereditaria, pero no puede elegir un rey ni nombrar una familia real; en una palabra, toda función que se relaciona con un objeto individual no pertenece al poder legislativo..." ("Del Contrato Social", Cap. VI, pág. 259, ed. 1975, París). También la Corte Suprema de los Estados Unidos ha puesto claramente de relieve la diferencia básica que existe entre los poderes legislativo y judicial. Así el juez Oliver Wendell Holmes, al expresar la opinión de la Corte *in re* "Prentis v. Atlantic Coast Line" (211 U. S. 210) dijo lo siguiente sobre este punto: "...Una indagación judicial investiga, declara y aplica responsabilidades tal como aparecen en hechos presentes o pasados y bajo las leyes que se presumen ya existentes. Ese es su propósito y su fin. Por el contrario, la legislación mira al futuro y modifica las situaciones existentes al crear una nueva regla que ha de ser aplicada de allí en más a todos o algunos de aquéllos sometidos a su poder..." (pág. 226). Los comentaristas de la Constitución de ese país han seguido los principios desarrollados por el citado alto tribunal. Así expresa Cooley ("A Treatise on the Constitutional Limitations", Volumen I, pág. 183, ed. 1927): "...se dice que lo que distingue a un acto judicial de uno legislativo es que uno es la determinación previa de lo que el derecho será para la regulación de todos los casos futuros que caigan bajo sus disposiciones...". La citada doctrina fue adoptada textualmente por Joaquín V. González en su célebre "Manual de la Constitución Argentina", (ver, en este sentido, nº 306 y esp. nota 6). Puede concluirse, así, que el concepto básico sobre el que se apoya la clásica distinción entre la elaboración de la ley y la emisión de órdenes particulares —lo cual evidentemente ha sido recibido por nuestra Constitución— "...es que el legislador ha de demostrar su confianza en la justicia de sus pronunciamientos comprometiéndose a su aplicación universal a un número desconocido de ocasiones futuras y renunciando al poder de modificar su aplicación

a casos particulares..." (F. A. Hayek "Nuevos estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas", pág. 88, Buenos Aires, 1981).

30) Que resulta indiscutible, de todo lo dicho, la exclusiva facultad judicial de emitir pronunciamientos definitivos sobre el derecho alegado lo cual implica —naturalmente— la atribución de determinar la existencia de las circunstancias fácticas del caso concreto.

31) Que la ley 23.521 dispone lo siguiente en su art. 1º, primer párrafo: "Se presume sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida". De tal forma la norma transcripta establece que las personas mencionadas en dicho párrafo actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedándoles a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar las órdenes) existieron o no en realidad.

Cabe señalar en primer lugar, a los efectos de determinar la validez constitucional de la citada norma, que ésta nada tiene en común con las disposiciones que establecen presunciones legales (p. ej. art. 1113 del Código Civil) pues éstas fijan normas de aplicación general y no sustraen, como en el caso, a los jueces el conocimiento de los hechos concretos traídos a su decisión. Por otra parte, no es posible considerar la norma en estudio como una ley de las llamadas interpretativas o aclaratorias pues la característica de estas últimas es la de legislar para el futuro. Tal conclusión surge claramente de lo manifestado por Cooley "(op. cit., pág. 189) quien señaló claramente los requisitos que debe tener una ley aclaratoria para no ser considerada como violatoria del principio de división de poderes...". La decisión de esta cuestión, debe quizás depender del propósito que existía en la mente de la legislatura al sancionar la ley declarativa, si la intención era otorgar un efecto retroactivo a la regla declarada, o, por el contrario, establecer una interpretación de la ley dudosa para la

determinación de los casos que pudieren aparecer en el futuro. Aquélla siempre es competente para cambiar una ley cuando la ley sólo ha de tener efecto para casos futuros, no constituye objeción a su validez que presuma que la ley ha sido en el pasado lo que ahora se declara que ha de ser para el futuro. Pero la acción legislativa no se puede hacer retrotraer respecto de controversias pasadas y revocar las decisiones que los tribunales, en el ejercicio de su indudable autoridad han hecho, pues ello, no sólo sería el ejercicio del poder judicial, sino también su ejercicio en la forma más objetable y ofensiva, dado que la legislatura estaría actuando como un tribunal de revisión al que las partes podrían apelar cuando estuviesen insatisfechas con las decisiones de los tribunales..." (ver en el mismo sentido, Willoughby, "The Constitutional Law of the United States", volumen III, párrafo 1064, 2ª ed., 1929). La citada doctrina fue recibida por los jueces Roberto Repetto y B. A. Nazar Anchorena, con expresa remisión a los autores mencionados, en Fallos: 187:330: "...Que podría suceder que en lugar de interpretar lo que era oscuro o dudoso, se dicten en el curso de la tramitación de la causa leyes que, bajo la apariencia de aclaratorias, alteren o modifiquen la situación creada a los litigantes por el cuasi-contrato de la litis contestación... Por el empleo de tales leyes es factible resolver contiendas entregadas a la decisión de la justicia, como evidente invasión de un poder por el otro..." (pág. 351). Los citados magistrados finalizaron su voto señalando que una ley de las características mencionadas constituía una grave violación a los principios constitucionales básicos y dejaron sentada la siguiente doctrina, de especial aplicación al caso de autos: "...que de aplicarse tal ley al presente juicio, resuelto ya en dos instancias y pendiente de la tercera ante esta Corte, se violaría el principio de la división de poderes establecido por los arts. 36, 86 y 94 de la Constitución Nacional (Fallos: 184:620; 185:32)... " (pág. 352). La ley cuestionada tampoco determina una suspensión temporaria del procedimiento judicial, lo que esta Corte calificara en su momento como "una razonable restricción a la actividad judicial" (ver en ese sentido los votos de los jueces Orgaz y Boffi Boggero en Fallos: 243:449). En realidad, la disposición en examen impone a los jueces una determinada interpretación de las circunstancias fácticas de cada caso particular, sometido a su conocimiento, estableciendo

una presunción absoluta respecto de la existencia de aquéllas. En tal sentido, se suele afirmar que dicha clase de presunciones no son admisibles en derecho penal, especialmente —como en el caso— cuando se refieren a la prueba de la inocencia o culpabilidad del acusado (confr. Sofo Borghese en “Novissimo Digesto Italiano” T. XIII, 1968, voz “Presunzioni (Diritto Penale e Diritto Processuale Penale)”, pág. 774). Es sumamente ilustrativo lo dicho por Carrara sobre este punto: “...La verdad no puede ser más que una. La justicia no es justicia si no se apoya en la verdad verdadera: las verdades presuntas no equivalen a la verdad verdadera, porque no son más que ficciones de la ley, que pueden no ser verdaderas. Por lo tanto, en derecho penal nunca deben existir presunciones *juris et de jure*, ni presunciones autocráticamente impuestas por el legislador, que obliguen al juez a declarar verdadero lo que la más palpable evidencia demuestra como falso. Sobre el lecho de Procusto no se administra la justicia ni la suerte de los ciudadanos puede confiarse a la conciencia de los jueces, obligándolos a un mismo tiempo a renegar de la propia conciencia” (Práctica Legislativa, observación XX, pág. 361, citado por Eugenio Florián “De las pruebas penales”, T. I., pág. 162, segunda edición, 1976). Y aún cuando se afirmara que estos principios tienen como objetivo fundamental tutelar los derechos del acusado, no se observa, empero, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho —así fuere el de obtener la imposición de una pena— y el de quien se opone a tal interpretación, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento —civil o criminal— de que se trate (Fallos: 268:266, considerando 2º). Por otra parte, una ley penal que establece una presunción absoluta de inocencia en favor del acusado, bien puede lesionar los derechos de éste, pues no le permite probar su inocencia en juicio.

32) Que por todas las razones expuestas, especialmente aquellas que tienden a preservar la integridad del principio de división de poderes, cabe concluir que el Congreso carece de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces y especialmente a esta Corte una interpretación determinada de los hechos so-

metidos a su conocimiento en una "causa" o "controversia" preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad —privativa de los jueces— de resolver definitivamente respecto de las "causas" o "controversias" mencionadas. Así, Cooley es sumamente ilustrativo cuando señala expresamente: "...La legislatura carece de toda facultad para realizar una determinación conclusiva de los hechos" (op. cit., nota al pie de la pág. 182, confr. asimismo Campbell Black, "Hand book of the American Constitutional Law", 3 ed., 1910, págs. 87|90 y sus citas). Tal decisión final corresponde únicamente a los jueces y en última instancia a esta Corte Suprema toda vez que ésta es "...el tribunal en último recurso para todos los asuntos contenciosos en que se les ha dado jurisdicción como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la defensa de sus atribuciones, la soberanía nacional y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones..." (Fallos: 12:135). Es por tales razones que sería difícil encontrar una violación más patente de principios fundamentales de nuestra Constitución que la de la ley cuya validez se cuestiona toda vez que cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar —como ocurre en el caso— significa, además de un desconocimiento a la garantía individual de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial (ver en este sentido, dictamen del señor Procurador General en Fallos: 243:449).

Cierto es que en el campo del Derecho Penal —en el que no rige la doctrina de los derechos adquiridos en contra de los imputados— es concebible la aplicación con efectos retroactivos de las nuevas leyes, siempre y cuando constituyan verdaderas normas generales, y, por consiguiente, se refieran también al futuro. Esto significa que, sin duda, lo que es incompatible con el carácter normativo-general propio de la ley es que ella sea dictada con el propósito de regir sólo y exclusivamente para el pasado.

Por consiguiente, la ley 23.521, en la medida en que no establece regla alguna aplicable a hechos futuros, no cumple con el requisito

de generalidad propio de la función legislativa y, por tanto, infringe el principio de división de los poderes.

Esta cualidad de la ley se agrava, pues las “presunciones” que ella establece no son elipsis verbales para establecer reglas de derecho (interpretativas), sino meros juicios de hecho, que sustituyen al criterio autónomo del juzgador sobre las circunstancias discutidas en el proceso por la apreciación arbitraria del legislador.

Por lo demás, los poderes implícitos del Congreso de dictar todas las leyes que estime “convenientes” se convalidan en su ejercicio cuando dichas leyes no contradigan la letra y el espíritu de la Constitución (doctrina de *Mc. Culloch v. Maryland*, 4 *Wheat* 316).

Y resulta claro, que no existe norma constitucional de la cual pueda derivarse razonablemente la asunción de facultades jurisdiccionales por parte del Congreso en causas pendientes ante el Poder Judicial. En la estructura de nuestra Constitución —que establece firmemente la separación de los poderes como el más importante medio de garantizar el respeto de las libertades individuales— la facultad del Congreso de dictar las leyes convenientes (art. 67, inc. 28) refuta la idea de que ese mismo Congreso pueda convertirse en un tribunal de justicia. Los fundadores de esta Nación confiaron el Poder Judicial solamente a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores, tanto en tiempos de bonanza como en tiempos difíciles.

33) Que por lo expuesto, cabe concluir que el art. 1º, primer párrafo de la ley 23.521, interpretado literalmente, resultaría contrario a los arts. 94 y 100 de la Constitución Nacional lo que se traduce en una clara violación del art. 18 de la Ley Fundamental, al excluir en el caso la indispensable intervención de los jueces (doctrina de Fallos: 129:405; 184:162; 205:17; 247:652, entre otros) con el consiguiente agravio del derecho de los impugnantes a obtener una debida resolución judicial (ver en este sentido el ya citado Fallo: 268:266).

34) Que, sin embargo, es preciso advertir que la ley no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva, ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación por este Tribunal. En tal sentido, se hace indispensable “la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura

histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.” (Confr. el voto concurrente *in re*: “Bazterrica, Gustavo M.”, sentencia del 29 de agosto de 1986).

Por ello, no obstante las graves deficiencias de que adolece la norma en estudio, esta Corte no puede desconocer que, más allá de la letra de la ley, existe una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar. En tal sentido, debe tenerse presente que la intención del legislador no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Fallos: 271:7; 280:307) y que la misión judicial no se agota con la sola consideración indeliberada de la letra de la ley, porque es ineludible función de los jueces en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso (Fallos: 249:37). Esto es así, con mayor razón, si se repara en que mediante la presente ley, los Poderes Ejecutivo y Legislativo han decidido, ante el grave conflicto de intereses que la sociedad argentina afronta en torno a este tema, conservar la paz social encauzando la voluntad popular en medidas que clausuren los enfrentamientos, en procura de alcanzar como meta indispensable la unión de los argentinos (confr. el mensaje que acompaña el texto del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación el 13 de mayo de 1987).

35) Que en mérito de ello, teniendo en cuenta que la función judicial no puede sustituir la acción de los poderes a los que incumbe la preservación de la paz pública ni asumir la responsabilidad de éstos (Fallos: 273:411 —voto del Juez Cabral—) y toda vez que resulta indudable que respecto de las personas comprendidas en el artículo 1º, primer párrafo de la ley 23.521, el Poder Legislativo ha decidido clausurar la persecución penal de las acciones ilícitas que aquellas personas puedan haber realizado, cabe concluir que el Congreso

Nacional ha ejercitado la facultad que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el art. 67, inc. 17, de la Constitución Nacional.

Al respecto, corresponde precisar que si bien es cierto que el art. 18, de nuestra Carta Fundamental abolió para siempre, como práctica estatal tendiente a obtener confesiones o como castigo, toda especie de tormento y los azotes, de ello no se deduce que al legislador le esté vedado, ante la comisión del delito de tormento, dictar una ley que, motivada por la necesidad de conservar la convivencia social pacífica del país, impida perseguir penalmente tales actos. Repárese que una amnistía no legitima ni justifica esas conductas (arg. art. 2º de la "Convención contra las torturas, otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes"), supuesto éste que indudablemente quebrantaría la disposición constitucional mencionada, sino de una ley que ha obviado las consecuencias penales de ciertos hechos ocurridos en el pasado, motivo por el cual es dable afirmar que el Congreso Nacional ha hecho uso de la facultad de conceder amnistías generales (art. 67, inc. 17, de la Constitución Nacional).

36) Que, por otra parte, resulta oportuno precisar que la ley 23.521, al amnistiar las conductas de las personas comprendidas en el art. 1º, primer párrafo, satisface plenamente la exigencia constitucional de generalidad, que, como es sabido, no significa universalidad.

En efecto, la concesión que a esas personas ha efectuado el legislador, halla un fundamento razonable en una característica que a todas ellas comprendía, esto es, la falta de capacidad decisoria. No cabe duda que, en el marco de esta categoría, la amnistía otorgada reúne claramente el requisito de generalidad.

Por lo dicho, no cabe afirmar que la ley 23.521 se sustente en una condición definida por una calidad personal —como es el grado militar—, antes que en las características del hecho amnistiado. También se encuentran entre los componentes del hecho —siempre con referente humano— las características subjetivas del comportamiento ilícito, no menos que la existencia de situaciones objetivas vinculadas a la capacidad de obrar del sujeto.

37) Que sentado todo lo expuesto, corresponde señalar que, nunca como en esta ocasión, la facultad del Poder Judicial de interferir, por

medio del control de constitucionalidad, con la voluntad manifiesta del Poder Ejecutivo y Legislativo de adoptar medidas que éstos juzgan necesarias para preservar la convivencia armónica y pacífica de nuestra sociedad, debe asumirse como un ejercicio hermenéutico complejo, que no se agota con la mera subsunción lógica de la ley en el marco general que establece la Constitución. En estas circunstancias adquiere trascendental relevancia la advertencia, tantas veces reiterada por este Tribunal, de que la declaración de inconstitucionalidad sólo se justifica como *ultima ratio*.

38) Que sentados los criterios de que la función judicial no puede a través del control de constitucionalidad ni sustituir la acción de los poderes encargados de la conservación de la paz pública, ni interferir con su voluntad manifiesta tendiente a ese fin, es necesario efectuar aún una precisión sobre su alcance en este caso.

Expresada claramente la voluntad política de los poderes Ejecutivo y Legislativo de obviar las consecuencias penales de hechos ocurridos en el pasado, y reunidos los requisitos que la Constitución exige para amnistiar tales hechos, como quedó establecido, corresponde a esta Corte sostener la aplicabilidad del instrumento legal que así lo establece más allá de sus defectos formales. Pero esto no significa afirmar la convicción de este Tribunal de que tal medida legislativa asegura de por sí la consecución de los altos objetivos que se propone, como son la preservación de la paz social y de la consolidación definitiva de la unión de los argentinos en el contexto del sistema democrático de organización de la República.

Este Tribunal asume su deber fundamental de no interferir en las decisiones políticas de los restantes poderes del Estado, pero ello implica su obligación correlativa de dejar expresado su criterio sobre la relación entre la medida adoptada y los fines que persigue.

Una ley como la que hoy está a consideración de esta Corte, al amnistiar una serie de conductas, actúa sobre las consecuencias jurídicas de esos hechos y no sobre sus causas. Cuando se trata de comportamientos que han tenido grave incidencia destructiva en las relaciones de convivencia social —como ocurre en el caso— se articula

por la amnistía un punto final a su revisión judicial, contribuyendo a la pacificación. Pero no se constituye necesariamente el punto inicial de las condiciones que permitan recrear en forma estable una convivencia armónica que garantice los fundamentos de instituciones perdurables. Ante la clara decisión del pueblo argentino de consolidar la forma democrática de organización de la República, se requiere remover definitivamente las condiciones que posibilitaron los hechos ocurridos, además de eliminar sus consecuencias penales. Es pues un deber de este Tribunal al tiempo de consolidar la decisión legal adoptada, exhortar a los otros poderes del Estado a promover las medidas complementarias que configuren un nuevo marco de relaciones entre civiles y militares que impliquen la modernización de las fuerzas armadas, afirmando su pertenencia al sistema democrático y su sujeción a las normas constitucionales. Sólo por este camino, que la mera amnistía no demarca suficientemente, podrán los argentinos intentar realizar el sueño —tantas veces postergado— de los fundadores de la República, que tan claramente expresa nuestra Constitución Nacional.

39) Que, por todo lo dicho, la amnistía que cabe concluir de lo dispuesto en el artículo 1º, primer párrafo, de la ley 23.521, es de carácter más benigno que lo establecido en el art. 514 del Código de Justicia Militar, vigente al momento de comisión de los hechos, en razón de lo cual, y conforme lo determinado en el art. 2º del Código Penal, corresponde declarar extinguida la condena impuesta por el *a quo* a Jorge Antonio Bergés y Norberto Cozzani (art. 61 del ordenamiento citado), motivo por el cual los agravios planteados por los nombrados se han tornado abstractos.

40) Que corresponde considerar los agravios que se oponen en los restantes recursos interpuestos. Al respecto, el agravio de inconstitucionalidad de la ley 23.049, sobre cuya base se avocara el *a quo* en el caso y que fuera traído por los señores defensores del imputado Etchecolatz, resulta tardío toda vez que —como bien lo señala el *a quo*— aquél debió haber sido deducido contra el auto que resolvió el avocamiento del tribunal de grado (Fallos: 270:52; 271:272; 295:753; 302:468, entre otros). A mayor abundamiento, conviene señalar que la cuestión alegada ya ha sido resuelta en favor de la constitucionalidad

de la norma citada, conforme lo decidiera esta Corte en la sentencia obrante a fs. 2219/2237 de la ya aludida causa C.895.XX. publicada en fallos 306:2101.

41) Que, por su parte, la queja planteada por el defensor oficial de Ovidio Pablo Riccheri —en virtud de la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto— afirma que el juzgamiento de su defendido, por parte del *a quo* sin previo dictado de un decreto presidencial que así lo dispusiera, como asimismo sin la intervención del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, importa agravio de la defensa en juicio, al privar injustificadamente, de la doble instancia judicial. Acerca de ello, conviene recordar que ya esta Corte tuvo oportunidad de establecer *in re* I.57-XXI., “Incidente de competencia en la causa CONADEP s/denuncia”, del 3 de febrero de 1987, que no configuran materia constitucional los agravios que se derivarían de la avocación del *a quo* dado que, si bien la doble instancia no puede suprimirse arbitrariamente cuando el legislador lo ha establecido, en la especie es la propia ley 23.049 la que otorga facultades de avocación a las Cámaras Federales.

42) Que los argumentos de la defensa del acusado Etchecolatz, tendientes a obtener la apertura del recurso extraordinario, basándose en la supuesta arbitrariedad en que habría incurrido el *a quo* al dar por acreditada la autoría del nombrado, tampoco pueden admitirse. En efecto, no parece arbitraria —en primer lugar— la conclusión a la que arriba la sentencia apelada (Capítulo VII) en el sentido de que la Policía de la Provincia de Buenos Aires tuvo un ámbito de acción propio en la lucha antisubversiva, con independencia del control operacional que ejercía sobre aquélla el Comando de la Zona de Defensa I. Ello parece estar corroborado por las declaraciones del procesado Camps al manifestar aquél que, cuando no recibía órdenes del Primer Cuerpo de Ejército, quedaba librado al declarante el procedimiento a adoptar. Tampoco resulta procedente el recurso intentado en lo concerniente al capítulo 8º de la sentencia recurrida cuando el *a quo* dio por probado que las personas detenidas ilegalmente estaban a cargo de personal policial. Ello se encuentra ratificado ampliamente por los testimonios de las víctimas, citados en el mencionado capítulo,

sin perjuicio de que los elementos policiales en cuestión se encontrarán bajo el control operacional de las fuerzas armadas y que en las dependencias de la policía existiesen “áreas restringidas” a las que sólo tenía acceso el personal militar. En lo que respecta a lo manifestado por el tribunal de grado, en el capítulo 9º de la sentencia, no se observa que aquél haya incurrido en una conclusión arbitraria o irrazonable al dar por probado que las órdenes impartidas por el Comandante de la Zona I y siguiendo la cadena de mandos, por el Jefe de la Policía de la Provincia y por el Director General de Investigaciones, respondían al sistema ilegal ordenado por el Comandante en Jefe del Ejército para ejecutar las operaciones antisubversivas. En primer lugar, cabe señalar que resulta perfectamente aceptable, a los fines de dar por probados los extremos mencionados, el remitirse —como lo ha hecho el *a quo*— a los elementos de cargo existentes en la causa nº 13, toda vez que las conclusiones a las que se arribara en aquélla fueron ratificadas, en el punto, por esta Corte. Por otra parte, los numerosos testimonios citados por el *a quo* en su pronunciamiento (p. ej. María Hebelia Sanz de Mayor, Raúl Eduardo Petruch, Jacobo Timmerman, Carlos Enrique Miralles, etc.) llevan a concluir que los individuos que realizaban los procedimientos de detención ilegales respondían jerárquicamente a la autoridad militar suprema en el país.

Tampoco puede tener éxito el reproche de arbitrariedad de la defensa al señalar ésta que la sentencia del *a quo* habría incurrido en autocontradicción respecto de los casos nros. 57 (Mainer) y 58 (Bravo). Ello es así, debido a que en el caso 57 el tribunal de grado basó su absolución en la circunstancia de que no se habría probado que la víctima hubiese estado alojada en una dependencia policial, mientras que en el segundo de los casos mencionados dio por probada dicha circunstancia. En punto a los agravios de la defensa respecto de los casos de Silvia Fanjul, Dante Marra, Rodríguez, Lidia Papaleo y Destéfano, no se observa en qué consiste la autocontradicción en que habría incurrido el *a quo*. Por el contrario, resulta perfectamente lógico afirmar, por un lado (caso nº 257), que la prueba del cuerpo del delito se encuentra fortalecida por la circunstancia de que era usual la aplicación de torturas en el lugar de detención, y por el otro, señalar

que en casos excepcionales (p. ej. n^o 251) hubo detenidos que no fueron torturados. Tampoco constituye, por parte del *a quo*, una decisión arbitraria el haber prescindido (caso n^o 250) del certificado médico según el cual los miembros del llamado Grupo Graiver no fueron torturados, toda vez que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas agregadas, sino sólo aquellas que estimen concernientes para fundar sus conclusiones (Fallos: 276:378; 279:140 y 171; 297:526, entre muchos otros). Por consiguiente, no puede afirmarse que la sentencia en examen sea producto —en los puntos que se acaban de analizar— de la sola voluntad de los jueces o no tenga más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo, contrariamente a lo afirmado por la defensa, supuestos éstos donde sí se podría tachar de arbitrario el pronunciamiento apelado (Fallos: 236:27; 241:405; 247:366; 294:131; 295:417; 301:259; 304:583, entre muchos otros). En tal sentido, cabe recordar, según una larga y pacífica jurisprudencia de esta Corte, que la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de omisiones y desaciertos de gravedad extrema a consecuencia de las cuales, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales (Fallos: 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:425, entre muchos otros) lo que evidentemente no ocurre en este caso concreto. En igual sentido cabe concluir respecto de la disconformidad expresada acerca del monto de la pena impuesta al imputado, toda vez que ello involucra cuestiones de hecho y derecho común ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 275:505; 276:9 y 46; 284:189; 300:346, entre muchos otros). Cabe agregar que los precedentes de esta Corte, citados por el recurrente en apoyo de su tesis, no son aplicables al caso dado que se refieren a procesos penales en donde el tribunal había intervenido como tercera instancia ordinaria de apelación.

43) Que el señor defensor oficial de los acusados Camps y Richeri manifiesta en su queja que no está probado en autos —contrariamente a lo sostenido por el *a quo*— que aquéllos hubieran recibido y retransmitido las órdenes que dieron lugar a la ejecución de los hechos por los que fueron condenados. Cabe señalar, empero, que exis-

ten en autos numerosos elementos de prueba que ratifican la conclusión de la sentencia apelada, entre los que se encuentran las propias declaraciones del imputado Camps. Por lo demás, las declaraciones de las víctimas, que ya fueran mencionadas en el considerando 42 de la presente, aportan una fuerte presunción en tal sentido, máxime cuando en el caso se trataba de órdenes destinadas a cometer hechos ilícitos, las cuales debido a su clandestinidad resultan de más difícil prueba. Los agravios del apelante constituyen en este punto, una discrepancia con la valoración de la prueba hecha en la instancia inferior, lo que no permite entonces habilitar la instancia extraordinaria a su respecto. Tampoco es procedente la queja en punto a la acreditación del dominio que poseían los acusados Camps y Riccheri sobre los hechos que ocurrían en las dependencias de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, durante sus respectivas jefaturas al frente de aquella institución. En tal sentido, son concluyentes las probanzas citadas por el *a quo* en el Capítulo XIII de su sentencia, donde se mencionan diversas declaraciones de funcionarios policiales (Wolk, Tarella, Rojas, Belich, etc.) que indican claramente el control que los acusados tenían sobre los acontecimientos ocurridos en las dependencias policiales. El apelante también se agravia de la interpretación arbitraria que el *a quo* habría hecho de los elementos de prueba en los casos nros. 98, 105, 124 y 130. Respecto del caso 98, resulta evidente que la queja no es procedente ya que, más allá de las imprecisas declaraciones acerca de la intervención de militares uruguayos en la aplicación de las torturas sufridas por las víctimas, existen en la causa numerosos elementos de prueba que señalan claramente que aquéllas fueron privadas de su libertad y torturadas en lugares donde ejercían autoridad los elementos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. La misma solución es aplicable al caso n° 124, ya que no es posible concluir del examen de las pruebas correspondientes que las autoridades policiales de la Provincia de Buenos Aires fueran ajenas al hecho en cuestión. Distinta debe ser la conclusión, empero, respecto de los casos nros. 105 y 130. En efecto, del examen de las constancias citadas por el *a quo* no surge —en primer lugar— prueba alguna de la supuesta privación ilegítima de la libertad de que habría sido víctima Alfredo Moyano (caso n° 105). Por otra parte y en lo referente al caso n° 130, únicamente consta como elemento in-

diciario —por sí solo insuficiente— la declaración de la víctima, ya que las manifestaciones de Zafiro Alberto Illarzen Frugoni (legajo nº 408, fs. 19|25) nada aportan sobre el punto. En consecuencia, el pronunciamiento apelado resulta arbitrario en este punto ya que se sustenta en pruebas que no se encuentran en autos (Fallos: 235:387; 239:445; 291:540, entre otros). Por tal razón, corresponde revocar la sentencia recurrida en los casos mencionados.

Sin embargo la absolución respecto de los hechos indicados no ha de tener ninguna influencia sobre el monto de pena a aplicar al imputado Riccheri toda vez que la cantidad de hechos atribuidos al acusado sólo es relevante para determinar la escala penal, prevista en el Código Penal. Ello así, una vez delimitado ese marco, la individualización de la pena a aplicar depende de las pautas que a ese fin establecen los arts. 40 y 41 de la ley de fondo, entre las que no se halla la cantidad de hechos ilícitos cometidos (ver en tal sentido, el ya citado pronunciamiento, C. 895. XX., considerando 23, del voto de los doctores Petracchi y Bacqué). Todas las consideraciones precedentes, en relación a los casos 105 y 130, son también aplicables al acusado Miguel Osvaldo Etchecolatz, aún cuando no ha mediado recurso del nombrado sobre este punto (Fallos: 300:1102, entre otros).

44) Que no es procedente el recurso extraordinario interpuesto por el señor Fiscal de Cámara contra la sentencia del *a quo* en cuanto aquélla absolvió al imputado Rousse respecto de los tormentos que sufriera Lidia Papaleo (caso nº 257) ya que no configura arbitrariedad la circunstancia de que el tribunal apelado haya dado, en el caso, preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro (ver en ese sentido la jurisprudencia citada en el considerando 42 de la presente).

45) Que la queja traída por el representante de los particulares damnificados en los casos nros. 21, 36, 63, 75, 76, 159, 162, 165, 173, 174, 175, 191, 192 y 209, respectivamente, se agravia del criterio empleado por el *a quo* al determinar el punto de arranque del plazo de prescripción respecto del delito de privación ilegítima de la libertad. Tal planteo no es idóneo para habilitar la jurisdicción extraordinaria toda vez que remite a la consideración de cuestiones de hecho y prueba, que no han sido resueltas de una manera irrazonable en la sen-

tencia apelada. A mayor abundamiento conviene señalar que ya esta Corte resolvió *in re*, C. 895. XX., que el plazo de prescripción debe comenzar a contarse desde el momento que el autor perdió el dominio de la acción con respecto a los delitos, lo que evidentemente fue tenido en cuenta por el *a quo* en el caso. Por otra parte, y como bien lo señala el tribunal de grado, no es posible introducir una nueva causal de suspensión de la prescripción que no se encuentra legislada, como lo sería la imposibilidad de iniciar la acción penal correspondiente durante el régimen de facto.

46) Que los procesados Camps y Riccheri plantean la inconstitucionalidad de la ley 23.040, considerando que dicha norma lesiona los principios constitucionales de irretroactividad de la ley penal y del debido proceso. Si bien los recursos interpuestos resultan formalmente procedentes, corresponderá confirmar la sentencia en ese punto, pues esta Corte ya tuvo oportunidad de establecer *in re*, C. 985. XX. "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del P.E.N.", del 30 de diciembre de 1986, que la ley 23.040 no vulnera el principio de la irretroactividad de la ley penal, toda vez que el tribunal declaró en dicha ocasión la inconstitucionalidad de la ley de facto 22.924, derogada por la norma citada en primer término (del voto de los doctores Petracchi y Bacqué).

47) Que respecto de la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto por los defensores del procesado Etchecolatz, en relación a la validez de la ley 23.040, cabe señalar que aquél resulta procedente dado que los agravios de carácter constitucional allí expuestos parecen cumplir con los requisitos formales del recurso extraordinario. Corresponde, sin embargo, y entrando al fondo de la cuestión, rechazar los planteos formulados con los mismos argumentos que se mencionan en el considerando anterior.

48) Que, respecto de la queja interpuesta por los defensores del acusado Etchecolatz sobre el tratamiento que hiciera el *a quo* del tema de la obediencia debida, conviene precisar, en primer término, que esta Corte, en ejercicio de su jurisdicción considera que, en razón de hallarse plenamente demostrada en la causa la capacidad decisoria del acusado, conforme se desprende de los elementos probato-

rios reunidos en el proceso, señalados en detalle por los sentenciantes de la anterior instancia en el fallo recurrido, al que cabe remitirse en tributo a la brevedad (v. fs. 8830|8831), no le es aplicable al nombrado lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 23.521, motivo por el cual su conducta se halla abarcada por lo establecido en el art. 514 del Código de Justicia Militar, ley vigente al momento del hecho.

Por tal razón, toda vez que, conforme se desprende de los agravios planteados en el punto, los recurrentes manifiestan una discrepancia con el criterio sentado por los jueces de grado al fijar los límites de la eximente aludida, cuestionando así la inteligencia otorgada por aquéllos al art. 514 del ordenamiento castrense, corresponde hacer lugar a la queja y declarar formalmente procedente el recurso interpuesto.

Ello sentado, en cuanto al fondo del tema planteado, cabe remitirse a lo dicho en los considerandos 4º a 24 del presente fallo.

Por ello, y oído el señor Procurador General,

1º) Se declara extinguida la condena impuesta a Jorge Antonio Bergés y Norberto Cozzani (art. 61 del Código Penal), conforme a lo establecido en el considerando 39, motivo por el cual se rechazan los recursos interpuestos por los nombrados por haberse tornado abstractos.

2º) Se desestiman los restantes recursos directos interpuestos, con excepción de lo dispuesto en el considerando 43, conforme al cual se absuelve al procesado Ovidio Pablo Riccheri —así como al encausado Miguel Osvaldo Etchecolatz— del delito de imposición de tormento, en perjuicio de Alfredo Moyano —caso nº 105— y Erlinda María Vázquez Santos —caso nº 130— sin modificar, empero, la pena que les fuera impuesta por el *a quo* (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas en la medida en que los recursos no progresaron.

3º) Se tiene por desistido el recurso interpuesto por el señor Fiscal de Cámara respecto del delito de robo —caso nº 267— por el que fuera absuelto el imputado Norberto Cozzani.

4º) Se confirma la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recursos extraordinarios estimados procedentes. Con costas.

Notifíquese y devuélvase a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JORGE ANTONIO BACQUÉ,
EN DISIDENCIA, DIJO:

Considerando:

1º) Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Corte en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos a fs. 9382/9402, 9403|9407, 9408|9426, 9427|9459, 9460 y 9561|9566, contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal que condenara a Ramón Juan Alberto Camps a la pena de veinticinco años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), accesoria de destitución (art. 538 del Código de Justicia Militar) y pago de las costas (art. 29, inc. 3º, del Código Penal), como autor responsable del delito de aplicación de tormentos, reiterado en setenta y tres oportunidades (73) (arts. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo, conforme ley 14.616 del Código Penal); a Ovidio Pablo Riccheri a la pena de catorce años de reclusión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), accesoria de destitución (art. 538 del Código de Justicia Militar) y pago de las costas (art. 29, inc. 3º, del Código Penal), como autor responsable del delito de aplicación de tormentos, reiterado en veinte (20) oportunidades (arts. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo, conforme ley 14.616 del Código Penal); a Jorge Antonio Bergés a la pena de seis años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), como coautor responsable del delito de aplicación de tormentos, reiterado en dos (2) oportunidades (arts. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo); a Norberto Cozzani a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales (art. 12 del Código Penal), y pago de las costas (art. 29, inc. 3º, del Código Penal) como autor responsable del delito de aplicación de tormentos, reiterado en cuatro (4) oportunidades (arts. 2, 55 y 144 tercero, primer párrafo,

conforme ley 14.616 del Código Penal) y absolviera a Ramón Juan Alberto Camps en los hechos nos. 21, 36, 63, 75, 76, 159, 162, 165; 173, 174, 191, 209; a Miguel Osvaldo Etchecolatz en los hechos nos. 21; 36; 63; 65; 75; 76; 159; 162; 165; 173; 174; 175; 191 y 209; a Alberto Rouse en el hecho n° 157.

2º) Que tales recursos fueron en parte concedidos y en parte denegados, lo cual dio lugar a que se dedujeran las quejas presentadas por el señor Fiscal de Cámara, el representante de los particulares damnificados y de los defensores de los imputados Riccheri, Camps, Bergés, Etchecolatz y Cozzani, los cuales corren agregados por cuerda.

3º) Que el representante de los particulares damnificados ha planteado la inconstitucionalidad de la ley 23.521, sancionada por el Congreso Nacional cuando la presente causa ya se encontraba a estudio de esta Corte. En consecuencia, se dio vista a los procesados a fin de que contestaran los citados planteos de inconstitucionalidad. En los escritos correspondientes, los letrados de los acusados argumentan, en primer lugar, que la ley en cuestión es constitucionalmente válida. Dichos planteos serán tratados *in extenso* en los siguientes considerandos. También alegan que el representante de los particulares damnificados carece de personería para promover la actividad jurisdiccional de esta Corte. En lo que a este punto se refiere, basta remitirse al pronunciamiento dictado *in re* "Fernández Meijide, Pablo s/averiguación por privación ilegítima de la libertad", Recurso de hecho, F. 296. XXI, del 22 de agosto de 1985, para rechazar los planteos de la defensa al respecto.

4º) Que, del análisis literal del art. 3º de la disposición cuestionada, surge que ésta sólo resulta aplicable a aquellos procesos en los cuales aún no se hubiese dictado sentencia. Ello se desprende de las mismas disposiciones de la ley, que establecen medidas sólo susceptibles de aplicación en aquellos casos de procesados en juicio en los cuales no hubiese recaído sentencia.

Este no es el caso del presente, pues el Tribunal superior de la causa lo ha hecho a fs. 8323, y sólo resta que la Corte se pronuncie sobre recursos federales no susceptibles de variar lo resuelto

acerca de los hechos alegados, salvo en el caso, ya descartado por el presente pronunciamiento, de que aquel Tribunal hubiera caído en arbitrariedad manifiesta.

El restringido ámbito de aplicación de la ley bajo examen a que se refiere el primer párrafo de este considerando, es coherente con la naturaleza de esta "ley", la cual, si bien lo es en sentido formal en razón del órgano que la ha dictado, constituye jurídicamente el ejercicio de la función judicial. Por esto, por su carácter de "sentencia del Legislativo", es que la ley no se declara aplicable a los procesos ya juzgados.

Esta interpretación de la naturaleza de la ley 23.521, está impuesta no sólo por la claridad indudable de su texto, sino también por la inteligencia que dio a él el presidente de la Cámara de Diputados que apoyó la iniciativa, a propósito del desistimiento parcial del recurso extraordinario del cabo Cozzani, presentado por él ante esta Corte el día en que comenzó el tratamiento de la ley en el Parlamento. En efecto, el diputado Pugliese opinó (acertadamente) que ese desistimiento transformaba en firme la sentencia dictada contra él en el aspecto desistido.

Sin embargo, si la ley hubiera pretendido alcanzar también a los casos ya juzgados, por incorporar para el futuro una regulación legal más benigna de la excusa de la obediencia, que pudiera ser aplicada también retroactivamente en virtud del principio de la ley más benigna, habría alcanzado inclusive al cabo Cozzani.

Lo mismo habría tenido que ocurrir para que esta ley fuera una ley de amnistía, pues, más allá de la inconstitucionalidad que podría afectarla como tal, conceptual y jurídicamente no podría dejar de beneficiar a los autores ya condenados, en razón de que la amnistía constituye tanto una causa de extinción de la acción penal, cuando la condena no está firme, como una causa de extinción de la pena, cuando sí lo está.

Por consiguiente, esta "ley", cualquiera que fuese su validez, no resultaría de aplicación a la presente causa. Empero, dado que la mayoría de este Tribunal considera lo contrario, como si la ley impugnada fuese formalmente aplicable, se torna imperioso analizar la

cuestión atinente a su validez constitucional, dado que la doctrina que se siente a este respecto puede ser decisiva para las múltiples causas abiertas a lo largo y a lo ancho del territorio del Estado, a las que sí se proclama aplicable el texto de la ley 23.521.

5º) Que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno les son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno (Fallos: 1:32). Tal conclusión surge claramente del estudio de los autores que forman parte de la gran tradición liberal europea de la cual nuestra Constitución Nacional es una directa depositaria. Así, Montesquieu señalaba en su clásica obra "Del Espíritu de las Leyes" (Tomo I, Libro XI, Capítulo VI, págs. 168/169, ed. 1973, París) al respecto: "... Existen en todo Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de aquéllas que dependen del derecho civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hacen las leyes por un tiempo o para siempre y corrige o deroga aquéllas que han sido hechas.

Por el segundo hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los diferendos entre particulares. Se llamará a este último, el poder de juzgar al otro, simplemente, el poder ejecutivo del Estado. Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no existe libertad, pues se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco existe libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo o el ejecutivo. Si aquél estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el juez sería legislador... Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de príncipes o de nobles o del pueblo, ejercieran estos tres poderes de hacer las

leyes, el de ejercitar las resoluciones públicas, el de juzgar los crímenes o los diferendos de los particulares...”.

6º) Que la Constitución Nacional, “legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir” (Fallos: 205:614), tuvo muy en cuenta las solemnes advertencias citadas en el considerando anterior, al establecer un sistema de distribución de funciones (ejecutivas, legislativas y judiciales) ubicadas en órganos separados e independientes entre sí.

7º) Que, dentro del mencionado sistema institucional, le corresponde al Poder Judicial de la Nación, “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación (art. 100 de la Ley Fundamental) lo que significa, indudablemente, que “la competencia y la obligación del Poder Judicial es decir qué es derecho” (Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, L. Ed. 60, 1803). Tan importante atribución del Poder Judicial no puede extenderse —si es que no se quiere destruir el delicado sistema de equilibrio entre los poderes del Estado— a cuestiones abstractas o genéricas sino únicamente a aquellos casos concretos donde sea necesaria una decisión judicial para resolver una controversia o litigio que se produzca por acción de una parte o defensa de la otra a la aplicación práctica de la ley (doctrina de Fallos: 1:27; 95:51; 115:163; 156:318; 242:353; 243:176; 256:104; 306:1125, entre otros).

8º) Que correlativamente a las limitaciones impuestas al ejercicio del Poder Judicial, la Carta Magna ha señalado precisos confines al Poder Legislativo para la realización de sus importantes atribuciones. Es así que el Congreso de la Nación, a diferencia de los jueces, tiene como objetivo fundamental el de elaborar normas generales y abstractas que han de regir las futuras conductas individuales. Tal característica distintiva de las normas legislativas fue señalada con singular acierto por Jean-Jacques Rousseau: “... Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los sujetos en grupos y a las acciones como abstractas, nunca a un hombre como individuo ni a una acción particular. Así la ley bien puede establecer que habrá privilegio, pero no se los puede dar a una persona, la ley puede crear muchas clases de ciu-

dadanos, hasta asignar las cualidades que darán derecho a estas clases, pero no puede designar a tales y cuáles para ser admitidos en ellas, puede establecer un gobierno real y una sucesión hereditaria, pero no puede elegir un rey ni nombrar una familia real; en una palabra, toda función que se relaciona con un objeto individual no pertenece al poder legislativo..." ("El Contrato Social", Cap. VI, pág. 259, ed. 1975, París). También la Corte Suprema de los Estados Unidos ha puesto claramente de relieve la diferencia básica que existe entre los poderes legislativo y judicial. Así el juez Oliver Wendell Holmes, al expresar la opinión de la Corte *in re* "Prentis v. Atlantic Coast Line" (211 U.S. 210), dijo lo siguiente sobre este punto: "... Una indagación judicial investiga, declara y aplica responsabilidades tal como aparece en hechos presentes o pasados y bajo las leyes que se presumen ya existentes. Ese es su propósito y su fin. Por el contrario, la legislación mira al futuro y modifica las situaciones existentes al crear una nueva regla que ha de ser aplicada de allí en más a todos o algunos de aquellos sometidos a su poder..." (pág. 226). Los comentaristas de la Constitución de ese país han seguido los principios desarrollados por el citado alto tribunal. Así expresa Cooley ("A Treatise on the Constitutional Limitations", Volumen I, pág. 183, ed. 1927): "... se dice que lo que distingue a un acto judicial de uno legislativo es que uno es la determinación previa de lo que el derecho será para la regulación de todos los casos futuros que caigan bajo sus disposiciones...". La citada doctrina fue receptada textualmente por Joaquín V. González en su célebre "Manual de la Constitución Argentina" (ver en ese sentido, nº 306 y esp. nota 6). Puede concluirse, así, que el concepto básico sobre el que se apoya la clásica distinción entre la elaboración de la ley y la emisión de órdenes particulares —lo cual evidentemente ha sido receptado por nuestra Constitución— "... es que el legislador ha de demostrar su confianza en la justicia de sus pronunciamientos comprometiéndose a su aplicación universal a un número desconocido de ocasiones futuras y renunciando al poder de modificar su aplicación a casos particulares..." (F. A. Hayek, "Nuevos Estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas", pág. 88, Buenos Aires, 1981).

9º) Que resulta indiscutible, de todo lo dicho, la exclusiva facultad judicial de emitir pronunciamientos definitivos sobre el derecho alegado, lo cual implica —naturalmente— la atribución de determinar la existencia de las circunstancias fácticas del caso concreto.

10) Que la ley 23.521, cuya constitucionalidad se impugna, dispone lo siguiente en su art. 1º: “Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley nº 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

“La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

“En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”. De tal forma la norma transcripta establece que las personas mencionadas en ella actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedándoles a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar las órdenes) existieron o no en realidad. Es decir, la disposición en examen impone a los jueces una determinada interpretación de las circunstancias fácticas de cada caso particular, sometido a su conocimiento, estableciendo una presunción absoluta respecto de la existencia de aquéllas.

Podría objetarse a esta afirmación que no es ajena a la función legislativa la de establecer presunciones (por ejemplo, art. 1113 del Código Civil).

Sin embargo, el empleo de presunciones absolutas en materia probatoria, dentro del proceso penal, ha sido tradicionalmente anatematizado por la doctrina. Así, por ejemplo, es sumamente ilustrativo lo dicho por Carrara sobre este punto: "...La verdad no puede ser más que una. La justicia no es justicia si no se apoya en la verdad verdadera. Las verdades presuntas no equivalen a la verdad verdadera, porque no son más que ficciones de la ley, que pueden no ser verdaderas. Por lo tanto, en derecho penal nunca deben existir presunciones *juris et de jure*, ni presunciones autocráticamente impuestas por el legislador, que obliguen al juez a declarar verdadero lo que la más palpable evidencia demuestra como falso. Sobre el lecho de Procusto no se administra la justicia ni la suerte de los ciudadanos puede confiarse a la conciencia de los jueces, obligándolos a un mismo tiempo a renegar de la propia conciencia". ("Práctica Legislativa", observación XX, pág. 361, citado por Eugenio Florián "De las pruebas penales", T. I, pág. 162, segunda edición, 1976). Y aún cuando se afirmara que estos principios tienen como objetivo fundamental tutelar los derechos del acusado, no se observa, empero, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho —así fuere el de obtener la imposición de una pena— y el de quien se opone a tal interpretación, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento —civil o criminal— de que se trate (Fallos: 268:266, considerando 2º). Por otra parte, una ley penal que establece una presunción absoluta de inocencia en favor del acusado, bien puede lesionar los derechos de éste, pues no le permite probar su inocencia en juicio.

Desde otro punto de vista, debe precisarse que las presunciones legales sólo en apariencia son "juicios de hecho", pues su real función consiste en la atribución de deberes y derechos en el plano estrictamente normativo general, a través de elipsis verbales, históricamente condicionadas.

Como toda norma general, tiene la vocación de ser aplicada a un número indeterminado de casos, lo cual está garantizado por la

circunstancia de que su ámbito de aplicación temporal abarca el futuro, al cual se halla la norma naturalmente destinada. Y si bien es cierto que los efectos de los hechos ocurridos en el pasado son también alcanzados por un cambio normativo, tal potestad legislativa reconoce límites constitucionales que expone Cooley al expresar los requisitos que debe tener una ley aclaratoria para no ser considerada como contraria al principio de la división de poderes: "La decisión de esta cuestión debe quizás depender del propósito que existía en la mente de la legislatura al sancionar la ley declarativa, si la intención era otorgar un efecto retroactivo a la regla declarada, o por el contrario, establecer una interpretación de la ley dudosa para la determinación de los casos que pudiesen aparecer en el futuro. Aquella siempre es competente para cambiar una ley cuando la ley sólo ha de tener efecto para casos futuros, no constituye objeción a su validez que presuma que la ley fue en el pasado lo que ahora se declara que ha de ser para el futuro. Pero la acción legislativa no se puede hacer retrotraer respecto de controversias pasadas y revocar las decisiones que los tribunales, en el ejercicio de su indudable autoridad, han hecho, pues ello no sólo sería el ejercicio del poder judicial, sino también su ejercicio en la forma más objetable y ofensiva, dado que la legislatura estaría actuando como un tribunal de revisión al que las partes podrían apelar cuando estuviesen insatisfechos con las decisiones de los tribunales (ver en el mismo sentido, Willoughby, "The constitutional law of the United States", Volumen III, parágrafo 1064, 2ª ed., 1929). La citada doctrina fue recibida en el voto de los doctores Roberto Repetto y B. A. Nazar Anchorena, con expresa remisión a los autores mencionados, en Fallos: 187:330: "...Que podría suceder que en lugar de interpretar lo que era oscuro o dudoso, se dicten en el curso de la tramitación de la causa leyes que, bajo la apariencia de aclaratorias, alteren o modifiquen la situación creada a los litigantes por el cuasi-contrato de la litis contestación... Por el empleo de tales leyes es factible resolver contiendas entregadas a la decisión de la justicia, como evidente invasión de un poder por el otro..." (pág. 351). Los citados magistrados finalizaron su voto señalando que una ley de las características mencionadas constituía una grave violación a los principios constitucionales básicos y deja-

ron sentada la siguiente doctrina, de especial aplicación al caso de autos: "...que de aplicarse tal ley al presente juicio, resuelto ya en dos instancias y pendiente de la tercera ante esta Corte, se violaría el principio de la división de poderes establecido por los arts. 36, 86 y 94 de la Constitución Nacional (Fallos: 184:620; 185:32)...” (pág. 352).

Cierto es que en el campo del Derecho Penal —en el que no rige la doctrina de los derechos adquiridos en contra de los imputados— es concebible la aplicación con efectos retroactivos de las nuevas leyes, siempre y cuando constituyan verdaderas normas generales y, por consiguiente, se refieran también al futuro. Esto significa que, sin duda, lo que es siempre incompatible con el carácter normativo-general propio de la ley es que ella sea dictada con el propósito de regir sólo y exclusivamente para el pasado.

Por consiguiente, la ley 23.521, en la medida en que no establece regla alguna aplicable a hechos futuros no cumple con el requisito de generalidad propio de la función legislativa y, por tanto, infringe el principio de la división de los poderes.

Esta cualidad de la ley se agrava, pues las “presunciones” que ella establece no son elipsis verbales para establecer reglas de derecho (interpretativas), sino meros juicios de hecho, que sustituyen al criterio autónomo del juzgador sobre las circunstancias discutidas en el proceso por la apreciación arbitraria del legislador.

11) Que, por lo tanto, el Congreso carece de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces y especialmente a esta Corte una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una “causa” o “controversia” preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad —privativa de los jueces— de resolver definitivamente respecto de las “causas” o “controversias” mencionadas. Así, Cooley es sumamente ilustrativo cuando señala expresamente: “... La legislatura carece de toda facultad para realizar una determinación conclusiva de los hechos”. (op. cit. nota al pie de la pág. 182). Conf. asimismo Campbell Black, “Handbook of the American Constitutional Law, 3 ed., 1910, págs. 87/90 y sus ci-

tas). Tal decisión final corresponde únicamente a los jueces y en última instancia a esta Corte Suprema toda vez que ésta es "... el tribunal el último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se les ha dado jurisdicción como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la defensa de sus atribuciones, la soberanía nacional y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones..." (Fallos: 12:134). Es por tales razones que sería difícil encontrar una violación más patente de principios fundamentales de nuestra Constitución que la de la ley cuya validez se cuestiona, toda vez que cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar —como ocurre en el caso— significa, además de un desconocimiento a la garantía individual de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial (ver en este sentido, dictamen del Procurador General en Fallos: 243:449).

Dado que es un punto de partida constitucional indiscutible que cada poder ha de tener un ámbito propio y exclusivo de su función, debe haber entonces un campo de cada función que no pueda ser ejercida de modo concurrente por los otros poderes del Estado. Por consiguiente, si la función de determinar las circunstancias de hecho de cada caso por el conocimiento de las pruebas arrimadas a la causa, y su subsunción en la norma jurídica, no constituyeran la materia propia y exclusiva del Poder Judicial, carecería de todo sentido la enfática prohibición del art. 95 de la Constitución Nacional, porque no subsistiría ninguna función que fuera propia y exclusiva de los jueces de la Nación.

12) Que, por lo expuesto, el art. 1 de la ley nº 23.521, es contrario al principio de la división de poderes (arts. 1º, 94, 95 y 100 de la Constitución Nacional), no menos que a la garantía del debido proceso que asegura la defensa *en juicio* de la persona y de los derechos (doctrina de Fallos: 129:405; 184:162; 205:17; 247:652, entre otros), de lo que deriva el agravio al derecho de los impugnantes para obtener una debida resolución judicial (ver en este sentido el ya citado precedente de Fallos: 268:266).

13) Que la ley 23.521 no puede ser considerada jurídicamente como una ley de amnistía, porque no cumple con decisivas características de su definición: la amnistía supone la extinción de la acción penal y de la pena.

La amnistía no impide el progreso de la acción civil contra el autor del hecho amnistiado; y la ley bajo examen, por el contrario, pone al particular damnificado en la situación de que su posible deudor civil sea considerado *a priori* como subordinado a la orden de un superior, lo que perjudica a aquél desde el punto de vista procesal.

Aun admitiendo por vía de hipótesis que la disposición examinada, más allá de la denominación que le diera el legislador fuera, en realidad una ley de amnistía, ello ningún efecto tendría para borrar su invalidez respecto del delito de tortura. Por una parte, cabe señalar que una firme tradición histórica y jurisprudencial, a la que se refieren *in extenso* los considerandos 39 y 40 de este fallo, ha considerado que la finalidad primordial de la amnistía es la de alcanzar sólo a los delitos políticos y a los comunes que tuviesen una relación atendible con el móvil político alegado. En consecuencia, se consideró que quedaban excluidos de los beneficios de la amnistía los delitos de características atroces o aberrantes. Cabe agregar que ningún fin político puede justificarlos. Por otra parte, la clara formulación del art. 18 de la Constitución Nacional que en su parte pertinente establece: "... quedan abolidos para siempre ... toda especie de tormento y los azotes...", también constituye una valla infranqueable para la validez de la ley bajo examen.

Este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura. Es por tal razón que el gobierno constitucional, instaurado a partir de diciembre de 1983 adoptó desde el inicio de su mandato medidas tendientes a hacer efectivo el imperativo constitucional, como lo fue la reforma al art. 144 ter. del Código Penal en cuanto equiparó la pena del delito de tortura al de homicidio. En este sentido, resulta útil recordar las palabras del Poder Ejecutivo dirigidas al Congreso de la Nación en ocasión de remitir el proyecto en cues-

tión: "... Constituye uno de los objetivos primordiales del actual gobierno instaurar un régimen de máximo respeto por la dignidad de las personas. Esa dignidad ha sido y es menoscabada con frecuencia mediante tratos inhumanos infligidos sobre quienes se encuentran imposibilitados de ejercitar su propia defensa. Estos hechos adquieren especial relevancia cuando los malos tratos revisten sus modalidades más graves, como la tortura y las sevicias. Dado que los sufrimientos que estas últimas comportan, lesionan principios morales fundamentales a los que el gobierno constitucional adhiere sin reservas, se introducen modificaciones al Capítulo I del Título V, Libro Segundo del Código Penal..." (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, del 15 de marzo de 1984, págs. 1932/1933). Tal principio ha sido también expresado por esta Corte en Fallos: 254:315 cuando se dijo, respecto de la posibilidad de amnistiar delitos atroces y cometidos de manera inhumana, lo siguiente: "... El perdón indiscriminado de tales delitos rayaría, en efecto, con la arbitrariedad en el ejercicio del poder normativo..." (Considerando 5º). Si bien cabe adherirse sin reservas a tal doctrina, resulta necesario apartarse del fallo mencionado cuando señala que de haber decidido el Congreso incluir expresamente tales delitos en una ley de amnistía, ello no habría sido revisable por el Poder Judicial, atento las razones que se han expresado.

Finalmente, y en el caso de aceptarse —a modo de hipótesis— que la amnistía también puede alcanzar al delito de tortura, corresponde señalar que no se podría atribuir tal carácter a la ley 23.521, pues esta última se ha fundado en una condición definida por una calidad personal —tal el grado militar—, en lugar de una característica del hecho amnistiado. Tal proceder es contrario al principio de igualdad (art. 16 Constitución Nacional), y al carácter general que deben tener las leyes de esta clase (art. 67, inc. 17, Constitución Nacional) "perdiendo de vista la identidad de las infracciones amnistiadas" (Fallos: 102:43).

14) Que, en consecuencia, si se parte del principio —pacíficamente aceptado por esta Corte— según el cual la amnistía borra el carácter ilícito del hecho (Fallos: 11:405; 152:95; 178:157, entre otros), cabe concluir que el Congreso carece de facultades para conceder

amnistías respecto del delito de tortura. En consecuencia, debe resolverse que el art. 1º de la ley 23.521, cuya inconstitucionalidad se declara, es inaplicable a la presente causa, debiendo entonces esta Corte resolver el caso con prescindencia de la citada norma.

15) Que corresponde ahora considerar los agravios que oponen los recursos de hecho interpuestos. Al respecto, el agravio de inconstitucionalidad de la ley 23.049, sobre cuya base se avocara el *a quo* en el caso y que fuera traído por los señores defensores del imputado Etchecolatz, resulta tardío toda vez que —como bien lo señala el *a quo*— aquél debió haber sido deducido contra el auto que resolvió el avocamiento del tribunal de grado (Fallos: 270:52; 271:272; 295:753; 302:468; entre otros). A mayor abundamiento, conviene señalar que la cuestión alegada ya ha sido resuelta en favor de la constitucionalidad de la norma citada, conforme lo decidiera esta Corte en la sentencia obrante a fs. 2219/2237 de la ya aludida causa C. 895. XX, publicada en Fallos: 306:2101.

16) Que, por su parte, la queja planteada por el defensor oficial de Ovidio Pablo Riccheri —en virtud de la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto— afirma que el juzgamiento de su defendido, por parte del *a quo* sin previo dictado de un decreto presidencial que así lo dispusiera, como asimismo sin la intervención del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, importa agravio de la defensa en juicio, al privar injustificadamente la doble instancia judicial. Acerca de ello, conviene recordar que ya esta Corte tuvo oportunidad de establecer *in re* I. 57. XXI “Incidente de competencia en la causa CONADEP s/denuncia”, del 3 de febrero de 1987, que no configuran materia constitucional los agravios que se derivarían de la avocación del *a quo* dado que, si bien la doble instancia no puede suprimirse arbitrariamente cuando el legislador lo ha establecido, en la especie es la propia ley 23.049 la que otorga facultades de avocación a las Cámaras Federales.

17) Que la queja intentada por el defensor particular del acusado Cozzani, en la que se afirma que la actividad instructoria secreta llevada a cabo por el *a quo* violaría la garantía de defensa en juicio, no es apta para habilitar la instancia extraordinaria, si se tiene

en cuenta que resulta admisible —como lo señala el *a quo*— flexibilizar el procedimiento establecido en el código castrense cuando ello no implique la existencia de vicios graves en el procedimiento. En conclusión, esta Corte opina que en el caso se ha cumplido con los requisitos del debido proceso, los que comprenden, para el imputado, la oportunidad de ser oído, de conocer los cargos que se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor (Fallos: 63:102; 100:408; 182:502; 187:627; 191:85 y el citado Fallo C. 895. XX; entre muchos otros).

18) Que también resulta conforme a derecho la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto por los señores defensores particulares del acusado Cozzani, en punto a las recusaciones de los miembros del tribunal de grado, toda vez que dicha cuestión precluyó al rechazarse el recurso extraordinario sobre ese mismo punto en la resolución dictada por esta Corte *in re* C. 1083. XX, “Recurso de Hecho”, del 30 de diciembre de 1986.

19) Que el *a quo* ha denegado el recurso extraordinario interpuesto por el señor Defensor Oficial del acusado Bergés, respecto de los casos de Jacobo Timerman y Ramón Miralles. El mencionado letrado se agravia —en primer lugar— de la decisión del tribunal de grado de otorgar preeminencia a ciertos elementos de prueba sobre otros, al dar por acreditadas las torturas sufridas por Jacobo Timerman. Concretamente, el apelante hace referencia a los testimonios de Roberto Antonio Cabrera y de Sergio Antonio Verduri, según los cuales el citado Timerman no fue sometido a tormentos en la Sub-Comisaría de Don Bosco. El apelante se agravia del hecho de que las mencionadas declaraciones no fueron tenidas en cuenta por el *a quo*, a pesar de haberse mencionado expresamente que los testigos en cuestión no tenían impedimento alguno para declarar. Al respecto cabe señalar, como bien lo observa el señor Procurador General, que la idoneidad de los testigos no supone necesariamente que el juez se vea obligado a otorgar plena fe a sus manifestaciones, máxime cuando —en el caso— los nombrados, oficiales de policía, prestaban servicios en la citada repartición policial. Tampoco parecen irrazonables los argumentos utilizados por el *a quo* para desechar las deposiciones de los médicos policiales Osvaldo Hugo Raffo y Jorge Alberto

Zenoff al señalar —respecto del primero— la vaguedad de sus declaraciones y del segundo de los nombrados que el examen médico que habría hecho en la persona de Timerman fue realizado con anterioridad a la fecha de iniciación de las torturas. En lo que respecta a las declaraciones de Miguel Carlos Pita y Fernando Vivanco, ambos miembros del Consejo de Guerra Especial ante el que prestó declaración el señor Timerman, es perfectamente razonable lo expresado por el *a quo* en el sentido de que era comprensible que Timerman no hiciera a aquéllos ninguna denuncia sobre las torturas por él sufridas. En igual sentido, corresponde resolver los agravios del apelante respecto del caso n° 285 (Ramón Miralles) toda vez que las pruebas de cargo mencionadas por el *a quo* —declaración de Jacobo Timerman, Julio César y Carlos Enrique Miralles y la imputación de la víctima— llevan razonablemente a concluir que el nombrado Bergés participó en el hecho. Cabe concluir, entonces, que ninguno de los planteos reseñados alcanza, conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Corte, a sostener la tacha de arbitrariedad que permita habilitar la instancia extraordinaria. (Fallos: 240:252 y 440; 242:179, 252 y 308; 244:352; 245:524; 248:68, entre otros). En igual forma, deben resolverse las discrepancias del apelante respecto del monto de pena aplicado al imputado Bergés, ya que ello sólo configura una cuestión de derecho común, ajena a la instancia federal (Fallos: 226:697; 265:145; 294:398; entre muchos otros).

20) Que los argumentos de la defensa del acusado Etchecolatz, tendientes a obtener la apertura del recurso extraordinario basándose en la supuesta arbitrariedad en que habría incurrido el *a quo* al dar por acreditada la autoría del nombrado, tampoco puede admitirse. En efecto, no parece arbitraria —en primer lugar— la conclusión a la que arriba la sentencia apelada (Capítulo VII) en el sentido de que la Policía de la Provincia de Buenos Aires tuvo un ámbito de acción propio en la lucha antsubversiva, con independencia del control operacional que ejercía sobre aquélla el Comando de la Zona de Defensa I. Ello parece estar corroborado por las declaraciones del procesado Camps al manifestar aquél que, cuando no recibía órdenes del Primer Cuerpo de Ejército, quedaba librado al declarante el procedimiento a adoptar.

Tampoco resulta procedente el recurso intentado en lo concerniente al capítulo 8º de la sentencia recurrida cuando el *a quo* dio por probado que las personas detenidas ilegalmente estaban a cargo de personal policial. Ello se encuentra ratificado ampliamente por los testimonios de las víctimas citados en el mencionado capítulo, sin perjuicio de que los elementos policiales en cuestión se encontraran bajo el control operacional de las fuerzas armadas y que en las dependencias de la policía existiesen "áreas restringidas" a las que sólo tenía acceso el personal militar. En lo que respecta a lo manifestado por el tribunal de grado, en el capítulo 9º de la sentencia, no se observa que aquél haya incurrido en una conclusión arbitraria o irrazonable al dar por probado que las órdenes impartidas por el Comandante de la Zona I y siguiendo la cadena de mandos, por el Jefe de la Policía de la Provincia y por el Director General de Investigaciones, respondían al sistema ilegal ordenado por el Comandante en Jefe del Ejército para ejecutar las operaciones antisubversivas. En primer lugar, cabe señalar que resulta perfectamente aceptable, a los fines de dar por probados los extremos mencionados, el remitirse —como lo ha hecho el *a quo*— a los elementos de cargo existentes en la causa nº 13, toda vez que las conclusiones a las que se arribara en aquélla fueron ratificadas, en el punto, por esta Corte. Por otra parte, los numerosos testimonios citados por el *a quo* en su pronunciamiento (p. ej., María Hebelia Sanz de Mayor, Raúl Eduardo Petrich, Jacobo Timerman, Carlos Enrique Miralles, etc.) llevan a concluir que los individuos que realizaban los procedimientos de detenciones ilegales respondían jerárquicamente a la autoridad militar suprema en el país. Tampoco puede tener éxito el reproche de arbitrariedad de la defensa al señalar ésta que la sentencia del *a quo* habría incurrido en autocontradicción respecto de los casos nº 57 (Mainer) y 58 (Bravo). Ello es así, debido a que en el caso 57 el tribunal de grado basó su absolución en la circunstancia de que no se habría probado que la víctima hubiese estado alojada en una dependencia policial, mientras que en el segundo de los casos mencionados dio por probada dicha circunstancia. En punto a los agravios de la defensa respecto de los casos de Silvia Fanjul, Dante Marra Rodríguez, Lidia Papaleo y Destéfano, no se observa en qué consiste la autocontradicción en que habría incurrido el *a quo*. Por el contrario, resulta perfectamente

lógico afirmar, por un lado (caso n° 257), que la prueba del cuerpo del delito se encuentra fortalecida por la circunstancia de que era usual la aplicación de torturas en el lugar de detención, y por el otro, señalar que en casos excepcionales (p. ej., n° 251) hubo detenidos que no fueron torturados. Tampoco constituye, por parte del *a quo*, una decisión arbitraria el haber prescindido (caso n° 250) del certificado médico según el cual los miembros del llamado grupo Graiver no fueron torturados toda vez que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas agregadas, sino sólo aquéllas que estimen concernientes para fundar sus conclusiones (Fallos: 276:378; 279:140 y 171; 297:526; entre muchos otros). Por consiguiente, no puede afirmarse que la sentencia en examen sea producto —en los puntos que se acaban de analizar— de la sola voluntad de los jueces o no tenga más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo, contrariamente a lo afirmado por la defensa; supuestos éstos donde sí se podría tachar de arbitrario el pronunciamiento apelado (Fallos: 236:27; 241:405; 247:366; 294:131; 295:417; 301:259; 304:583; entre muchos otros). En tal sentido, cabe recordar, según una larga y pacífica jurisprudencia de esta Corte, que la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de omisiones y desciertos de gravedad extrema a consecuencia de las cuales, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales (Fallos: 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:425; entre muchos otros), lo que evidentemente no ocurre en este caso concreto. En igual sentido cabe concluir respecto de la disconformidad expresada acerca del monto de la pena impuesta al imputado, toda vez que ello involucra cuestiones de hecho y derecho común, ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 275:505; 276:9 y 46; 284:189; 300:346 entre muchos otros). Cabe agregar que los precedentes de esta Corte, citados por el recurrente en apoyo de su tesis, no son aplicables al caso dado que se refieren a procesos penales en donde el Tribunal había intervenido como tercera instancia ordinaria de apelación.

21) Que el recurso de queja interpuesto por los señores defensores particulares del acusado Cozzani en punto a la supuesta arbitrariedad de la sentencia apelada tampoco puede prosperar. En efec-

to, la circunstancia de que el tribunal de grado no se haya expedido acerca de la constitucionalidad de la ley 23.049 a pesar de haber sido planteado ese punto por los letrados mencionados en ocasión de formular su defensa, no constituye una causal de arbitrariedad dado que la cuestión ya era en ese momento extemporánea, conforme se resolviera en el considerando 15 de la presente. Por otra parte, no se observa que el *a quo* haya realizado una interpretación "caprichosa" de las pruebas de cargo al dar por acreditada la autoría de Cozzani en los casos n° 243, 257, 260 y 261, dado que el análisis de los elementos de convicción empleados por el *a quo* llevan a la razonable certeza acerca de aquélla. Resulta correcto lo señalado por el Tribunal de grado cuando afirma que las naturales discrepancias existentes entre las respectivas declaraciones, lejos de invadir la prueba, llevan al convencimiento respecto de la espontaneidad, sinceridad y verosimilitud de los testimonios en cuestión. En ese sentido, cabe recordar una vez más que el recurso extraordinario no es procedente en los casos en que el apelante se limita a plantear su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa (Fallos: 280:320; 295:165; 297:333; 302:1030; entre otros).

22) Que el señor Defensor Oficial de los acusados Camps y Ricchieri manifiesta en su queja que no está probado en autos —contrariamente a lo sostenido por el *a quo*— que aquéllos hubieran recibido y retransmitido las órdenes que dieron lugar a la ejecución de los hechos por los que fueran condenados. Cabe señalar, empero, que existen en autos numerosos elementos de prueba que ratifican la conclusión de la sentencia apelada, entre los que se encuentran las propias declaraciones del imputado Camps. Por lo demás, las declaraciones de las víctimas, que ya fueran mencionadas en el considerando 20 de la presente, aportan una fuerte presunción en tal sentido, máxime cuando en el caso se trataba de órdenes destinadas a cometer hechos ilícitos, las cuales debido a su clandestinidad resultan de más difícil prueba. Los agravios del apelante constituyen en este punto, sólo una discrepancia con la valoración de la prueba hecha en la instancia inferior, lo que no permite entonces habilitar la instancia extraordinaria a su respecto. Tampoco es procedente la queja en punto a la acreditación del dominio que poseían los acusados

Camps y Riccheri sobre los hechos que ocurrían en las dependencias de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, durante sus respectivas jefaturas al frente de aquella institución. En tal sentido, son excluyentes las probanzas citadas por el *a quo* en el Capítulo XIII de su sentencia, donde se mencionan diversas declaraciones de funcionarios policiales (Wolk, Tarella, Rojas, Belich, etc.) que indican claramente el control que los acusados tenían sobre los acontecimientos ocurridos en las dependencias policiales. El apelante también se agravia de la interpretación arbitraria que el *a quo* habría hecho de los elementos de prueba en los casos números 98, 105, 124 y 130. Respecto del caso 98, resulta evidente que la queja no es procedente ya que, más allá de las imprecisas declaraciones acerca de la intervención de militares uruguayos en la aplicación de las torturas sufridas por las víctimas, existen en la causa numerosos elementos de prueba que señalan claramente que aquéllas fueron privadas de su libertad y torturadas en lugares donde ejercían autoridad los elementos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. La misma solución es aplicable al caso n° 124, ya que no es posible concluir del examen de las pruebas correspondientes, que las autoridades policiales de la provincia de Buenos Aires fueran ajenas al hecho en cuestión. Distinta debe ser la conclusión, empero, respecto de los números 105 y 130. En efecto, del examen de las constancias citadas por el *a quo* no surge —en primer lugar— prueba alguna de la supuesta privación ilegítima de la libertad de que habría sido víctima Alfredo Moyano (caso n° 105). Por otra parte y en lo referente al caso n° 130, únicamente consta como elemento indiciario —por sí solo insuficiente— la declaración de la víctima, ya que las manifestaciones de Zafiro Alberto Illarzen Frugoni (legajo n° 408, fs. 19/25) nada aportan sobre el punto. En consecuencia, el pronunciamiento apelado resulta arbitrario en este punto ya que se sustenta en pruebas que no se encuentran en autos (Fallos: 235:387; 239:445; 291:540; entre otros). Por tal razón, corresponde revocar la sentencia recurrida en los casos mencionados.

Sin embargo la absolución respecto de los hechos mencionados no ha de tener ninguna influencia sobre el monto de pena a aplicar al imputado Riccheri toda vez que la cantidad de hechos atribuidos al acusado sólo es relevante para determinar la escala penal, prevista

en el Código Penal. Ello así, una vez delimitado ese marco, la individualización de la pena a aplicar depende de las pautas que a ese fin establecen los arts. 40 y 41 de la ley de fondo, entre las que no se halla el número de hechos ilícitos cometidos (ver en tal sentido, el ya citado pronunciamiento C. 895, del voto de los doctores Petracchi y Bacqué). Todas las consideraciones precedentes, en relación a los casos números 105 y 130 son también aplicables al acusado Miguel Osvaldo Etchecolatz, aun cuando no ha mediado recurso del nombrado sobre este punto (Fallos: 300:1102, entre otros).

23) Que no es procedente el recurso extraordinario interpuesto por el señor Fiscal de Cámara contra la sentencia del *a quo* en cuanto aquélla absolvió al imputado Rouse respectó de los tormentos que sufriera Lidia Papaleo (caso n^o 257) ya que no configura arbitrariedad la circunstancia de que el tribunal apelado haya dado, en el caso, preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro (ver en ese sentido la jurisprudencia citada en el considerando 20 de la presente).

24) Que la queja traída por el representante de los particulares damnificados, en los casos números 21, 36, 63, 75, 76, 159, 162, 165, 173, 174, 191, 192 y 209, respectivamente, se agravia del criterio empleado por el *a quo* al determinar el punto de arranque del plazo de prescripción respecto del delito de privación ilegítima de la libertad. Tal planteo no es idóneo para habilitar la jurisdicción extraordinaria 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 apelada. A mayor abundamiento conviene señalar que ya esta Corte resolvió *in re* C. 895. XX, que el plazo de prescripción debe comenzar a contarse desde el momento en que el autor perdió el dominio de la acción con respecto a los delitos, lo que evidentemente fue tenido en cuenta por el *a quo* en el caso. Por otra parte, y como bien lo señala el tribunal de grado, no es posible introducir una nueva causal de suspensión de la prescripción que no se encuentra legislada, como lo sería la imposibilidad de iniciar la acción penal correspondiente durante el régimen de facto.

25) Que no corresponde entrar al estudio del recurso extraordinario interpuesto por la defensa del acusado Cozzani respecto de la

interpretación del art. 514 del Código de Justicia Militar en virtud del desistimiento formulado por el nombrado el día 15 de mayo de 1937 en lo referente a ese punto.

26) Que los procesados Bergés, Camps, Riccheri y Cozzani plantean la inconstitucionalidad de la ley 23.040, considerando que dicha norma lesiona los principios constitucionales de irretroactividad de la ley penal y del debido proceso. Si bien los recursos interpuestos resultan formalmente procedentes, corresponderá confirmar la sentencia en ese punto, pues esta Corte ya tuvo oportunidad de establecer *in re* C. 895. XX "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del P.E.N.", del 30 de diciembre de 1986, que la ley 23.040 no vulnera el principio de la irretroactividad de la ley penal, toda vez que el tribunal declaró en dicha ocasión la inconstitucionalidad de la ley de facto 22.924, derogada por la norma citada en primer término (del voto de los doctores Petracchi y Bacqué).

27) Que respecto de la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto por los defensores del procesado Etchecolatz, en relación a la validez de la ley 23.040, cabe señalar que aquél resulta procedente dado que los agravios de carácter constitucional allí expuestos parecen cumplir con los requisitos formales del recurso extraordinario. Corresponde, sin embargo, y entrando al fondo de la cuestión, rechazar los planteos formulados con los mismos argumentos que se mencionan en el considerando anterior.

28) Que la queja intentada por los señores defensores del acusado Etchecolatz respecto del monto de pena aplicada a éste no puede tener andamio pues los agravios expresados se remiten a cuestiones de hecho y prueba y derecho común, ajenas a la jurisdicción extraordinaria de la Corte (doctrina de Fallos: 256:416; 258:255; 263:251; 269:43; 292:478, entre otros). A mayor abundamiento, cabe señalar que los precedentes de esta Corte citados por el abogado defensor de Etchecolatz en apoyo de su planteo, no son aplicables al caso en estudio, toda vez que en dichas ocasiones el Tribunal revisó los montos de pena aplicados por los jueces de la instancia inferior en virtud de los recursos ordinarios de apelación interpuestos.

29) Que las quejas intentadas por los defensores particulares de los acusados Bergés y Etchecolatz sobre el tratamiento que hiciera el *a quo* del tema de la obediencia debida devienen formalmente procedentes toda vez que, más allá de las cuestiones de hecho y prueba planteadas por los recurrentes, surge del análisis de los agravios una discrepancia con los criterios sentados por el *a quo* al fijar los límites de dicha eximente, lo que lleva necesariamente a la exégesis de la norma federal aplicable al caso, como lo es el art. 514 del Código de Justicia Militar.

30) Que conviene antes de entrar al examen de los agravios del procesado Bergés señalar que los hechos que se imputaron al nombrado son de aquéllos que pueden ser calificados como “atrocies y aberrantes” (fs. 9/10 y 30 del legajo n° 88).

Con respecto al acusado Etchecolatz, el *a quo* dio por probada la autoría mediata del nombrado —artículos 514 del Código de Justicia Militar y 45 del Código Penal— en el delito de imposición de tormentos (artículo 144 tercero, primer párrafo conf. ley 14.616 y artículo 2 del Código Penal), reiterado en 91 oportunidades (artículo 55, Código Penal), tal como ha sido individualizado por el tribunal de grado a fs. 8832 vta. de la presente.

31) Que el análisis de las causas de impunidad antes aludidas, pone en las actuales circunstancias, a los jueces que integran esta Corte, ante una gravísima responsabilidad, que ha de ser afrontada teniendo en cuenta el compromiso que los liga con el pueblo argentino y con la tradición ética y jurídica del orden cultural al que éste pertenece.

En el primer aspecto, se impone la percepción del momento por el que atraviesa la sociedad argentina. Hay ocasiones en la vida de los pueblos, en las cuales se dan inéditas experiencias colectivas, vivencias emocionales propagadas e intensas, que conducen a las grandes decisiones capaces de determinar un nuevo rumbo en su historia.

Es evidente que el pueblo argentino ha resuelto constituir, llevando por fin a la realidad el mandato de los fundadores, una comunidad política basada en la libertad y dignidad de todos los hombres.

Pertenece al concepto de tal comunidad política, que nadie pueda ser indiferente al devenir del conjunto, principalmente porque parti-

cipando en la búsqueda de aquellas finalidades cada uno acrecienta el valor ético de su actuar. La comunidad política democrática, para no perder su esencia, debe hacer que su servicio resulte en la dignificación de quienes lo prestan.

No cualquier sociedad política es, pues, una República. La República es cosa del pueblo, dice Cicerón, y el pueblo no es la multitud agrupada de cualquier modo, sino por la persecución del bien común y el consenso del derecho.

La misión de este tribunal consiste en el servicio a la conciencia jurídica del pueblo, que cumple al hacer explícitos los valores de la tradición humanista que se cuenta entre los principios determinantes de su nacionalidad.

En punto al sentido y alcances de la obediencia debida, ha de reconocerse, como en otros campos, una diferencia entre las máximas de esa tradición, aceptadas como patrones obligatorios en el plano ideal, y pautas prácticas de conducta que corresponden a una visión del hombre alejada de los postulados de la libertad. Al recordar la criminal tragedia del nazismo, un distinguido jusfilósofo católico alemán escribía: "...A través de muchos siglos nos han enseñado una filosofía y una teología del orden, que la obediencia a la superioridad... era la virtud más elevada y que el obediente no sobrelleva ninguna responsabilidad por lo que hizo cuando le fue ordenado. Así los ciudadanos han seguido regulaciones reprobables, los soldados órdenes criminales, los jueces injustas leyes... , sin remordimiento, y esto no sólo en tiempos de la dictadura. Resistir no era cosa suya —esto habrían de hacerlo algunos responsables en posiciones de liderazgo, que pudiesen abarcar mejor la situación—" (Arthur Kaufmann, Prólogo a la obra colectiva "Widerstandsrecht", Darmstadt, 1972, pág. XIV).

Por el contrario, las filosofías que proclaman el orden de la libertad han venido reclamando que la obediencia esté penetrada de responsabilidad cívica y de sentido de humanidad.

Ya los comentaristas medievales desarrollando soluciones del derecho romano, determinaron que el límite de toda obediencia se hallaba en los llamados crímenes atroces, para distinguirlos de los crímenes más leves. El liberalismo del siglo XIX acentuó el nivel de la

propia responsabilidad en la obediencia, inclusive la militar, declarando punibles los delitos cometidos por mandato superior, siempre que la ilegitimidad de éste fuera por completo manifiesta. La primera posición corresponde al constitucionalismo de los sistemas estamentales y la segunda es la del estado de derecho democrático.

De conformidad con esta última, interpretaron los tribunales civiles y militares de nuestro país las normas particulares de la obediencia militar, pero el art. 11 de la ley 23.049 se contentó con las antiguas pautas de los comentaristas, sin duda, por la inexistencia del estado de derecho en el tiempo al que la norma resulta aplicable.

Esta exigencia afincada en tan vieja tradición, representa el límite infranqueable que nos separa de la barbarie.

Sobre la vieja ideología del orden autoritario se ha instalado lo que algunos filósofos apelan razón instrumental, desinteresada del valor de los fines, productora de "hombres-máquina" que sólo saben de la ciega aplicación de una técnica, y en esto encuentran su justificación. La existencia de tal mentalidad ha quedado probada de manera estremecedora en los procesos de la índole del presente.

Más allá, la atmósfera de nuestro tiempo está aún impregnada por los grandes fanatismos que dieron en buena parte por tierra con los ideales que parecieron comenzar a concretarse en el siglo XIX.

Basta recordar las palabras de Buber: "En todas partes, sobre la superficie entera del mundo humano —en Oriente y Occidente, a derecha e izquierda— desgarran sin impedimentos el plano de lo ético y exigen de tí el 'sacrificio'. Una y otra vez, cuando pregunto a las almas jóvenes de buena condición: '¿Por qué renunciáis a vuestra integridad personal?', me responden 'También esto, el más difícil de los sacrificios, es lo necesario para...'. No importa cómo se complete la frase: 'Para poder lograr la igualdad' o 'Para poder lograr la libertad'. Y traen el sacrificio fielmente. En el dominio de Moloch los honestos mienten y los compasivos torturan. Y creen real y sinceramente que el fratricidio preparará el camino para la hermandad" (Martín Buber, "Eclipse de Dios", traducción de Fabricant, Buenos Aires, 1970, pág. 106).

Frente a las perversas causalidades que ejercen acción en la vida contemporánea, parece casi ridículo rescatar del polvo de los anaque-

les los grandes y viejos principios del humanismo ético y jurídico para reclamar su efectivo acatamiento.

Sin embargo, nada resulta más pragmático y realista que hacerlo, y sin concesiones. Es de toda evidencia que la idiotez técnica, el fanatismo desatado y la Realpolitik han puesto a la humanidad, por primera vez en su historia, en el riesgo cierto de un retroceso incalculable en el modo y condiciones de su existencia.

Sólo la convivencia guiada por el incondicional respeto a la dignidad de cada hombre puede salvarla de tal retroceso.

Tal es el punto de partida para la elaboración técnica de la problemática planteada en la causa en torno a la obediencia debida en el orden militar.

Conviene pasar ahora, primeramente, al examen de la tradición jurídica mencionada y luego, al del modo en que durante la época inicial del estado argentino fue recibida entre nosotros.

32) Que, como se lo ha señalado en el considerando anterior, una imponente tradición jurídica que parte del derecho romano excluye de toda posible excusa a la obediencia debida a los hechos atroces.

Aunque en las Pandectas el único pasaje de origen indudablemente clásico, concerniente a la materia, perteneciente al Comentario de Ulpiano al Edicto (Digesto, Libro IX Título IV, L. 2, pr. 1), esté sujeto a controversia, (v. Giuseppe Bettiol, "L'Ordine dell'Autorità nel Diritto Penale", Milán, 1944, págs. 11/13), son muchísimos los textos, cuya redacción definitiva proviene del período post-clásico ó justiniano, que limitan el deber de obediencia a los delitos *quae non habent atrocitatem facinoris*, lo cual puede traducirse, muy aproximadamente, en el sentido de hechos que carezcan de la atrocidad correspondiente al delito grave (Digesto, L. 43, Libro 24, Título II, pr. 7; Digesto, Libro 44, Título 7, pr. 20; Digesto, Libro 50, Título 17, pr. 157; Digesto, Libro 25, Libro 2, Título 21, pr. 1; Digesto, 47, Libro 10, Título 17, pr. 7, v. también el Código Teodosiano, Libro IX, 10, 4).

A partir de estas fuentes, los glosadores y post glosadores negaron en los delitos gravísimos el deber de obediencia por parte de los subordinados (Bettiol, op. cit., reseña las opiniones de Baldo, De-

cio, Accursio, Bártolo, Odofredo, Próspero Farinaccio, Jason de Magno, págs. 23 a 27).

Conviene advertir que el concepto de *atrocitatem facinoris* resultó, en la corriente principal del derecho medieval, en la distinción entre los hechos de especial gravedad y los leves, contándose entre los primeros los que causaban un daño de magnitud, tanto como los castigados con la pena de muerte (Bettioli, op. cit., págs. 24/25, nota 4).

Dentro de esta concepción se mueve un conocido texto de las Partidas, donde se lee: "...más aquél lo deue pechar, por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno destos desfonrrasse, o firiesse o matasse a otro, por madado de aquél en cuyo poder estuiesse, non se podría escusar de la pena, porque non es tenuta de obedecer su mandado en tales cosas como estas; e si lo obedesciere e matare, e fiziere alguno de los yerros sobredichos, deue ende auer pena, también como el otro que lo mandó fazer..." (Ley 5ª, Titl. XV, partida VII).

Estas soluciones no sólo alcanzaban a la obediencia doméstica del siervo y del *filius familiae*, sino que se extendían a la obediencia a los magistrados. En ese caso se diferenciaba entre las órdenes impartidas en la esfera de la función y las ajenas a ella. En el segundo supuesto, la responsabilidad del que obedecía a la orden de cometer un delito nacía fuera éste atroz o no. En la primera hipótesis, existía la obligación de obedecer el mandato ilegítimo, excepto que el hecho ordenado fuera atroz (ésta es la opinión de Odofredo que menciona Bettioli, op. cit., págs. 25/26).

La atrocidad del hecho aparece como indicador del conocimiento de ilicitud que, entonces, no puede ignorar el subordinado.

Por ese camino se llega a la opinión de Gandino, en la cual ya no se menciona el carácter de atroz del hecho, sino si el mandato está abiertamente contra la ley o es abiertamente según la ley o dudoso. La punición queda reservada para el primer caso (v. la indicación de Bettioli, op. cit., pág. 26). En parecido enfoque se sitúa la opinión de Odofredo y Alberico de Rosciate en el sentido de que cabe calificar de atroces a todos los hechos cometidos con dolo directo (Bettioli, op. cit., nota 4, págs. 24/25).

Párrafo aparte merece el tema del tratamiento de la conciencia dudosa acerca de la ilicitud del acto ordenado en la obediencia debida, tratada por Grocio, cuya opinión, entre nosotros, recuerda Tejedor en el Curso de Derecho Criminal (1ª parte, 2ª edición, Buenos Aires, 1871, págs. 50/51).

Al analizar el tema de la obediencia con relación a la participación en la guerra, el gran internacionalista enfrenta al común criterio medieval sobre la excusa al que obedece dudando del carácter ilícito de lo mandado. El autor, siguiendo la tradición de la filosofía clásica, estima que si existiendo duda no resulta, empero, posible la abstención de todo actuar, es preciso inclinarse por lo que aparezca como el mal menor y en la hipótesis de guerra, la desobediencia constituye el mal menor frente al homicidio, sobre todo de un gran número de inocentes (*“Droit de la guerre et de la paix”*, trad. con notas de diversos autores a cargo de M. P. Pradier-Fodéré, tomo II, París, 1867, libro II, capítulo XXIII, págs. 547 y sigs., y cap. VI, nº 4, págs. 607/613).

33) Que el panorama de reglas de derecho tradicional arriba trazado comprende también a la obediencia militar, como lo demuestra el derecho canónico de la época. Existe un famoso pasaje de San Agustín (Ciudad de Dios, I, Cap. 26), que ha sido invocado a favor de la obediencia ciega —si bien tronchándolo de su contexto— cuyo vocabulario e imagen se retoman en el decreto de Graciano, para deducir en cambio, que el soldado, que obedece la orden de matar, está justificado en cuanto actúe en cumplimiento de la ley (Bettiol, op. cit., pág. 22).

Por otra parte, el sentido del pasaje referido del obispo de Hipona y de otro similar (De libero arbitrio, Libro I), cit. por Graciano, queda aclarado por lo que expresa en el Contra Fausto, libro XXII, Cap. LXXV: “Por lo tanto, un hombre de bien que empuña las armas sometido por un rey, aun sacrílego, puede hacer legítimamente la guerra bajo sus órdenes, si, respetando el orden de la paz pública, él está cierto de que aquello que le es ordenado no está contra el mandamiento de Dios o también cuando él no estuviera bien seguro; pues entonces la iniquidad del mandato hace al rey criminal

y el deber de obedecer, justifica al soldado (Grocio, obra y volumen citados, pág. 609).

En consecuencia, el padre de la Iglesia sigue, también en el campo militar, la común doctrina eclesiástica, según la cual es obligatorio desobedecer a las órdenes contrarias a la ley divina (F. Blasco Fernández de Moreda, El valor exculpatorio de la ignorancia, el error y la obediencia debida en el pensamiento jurídico-penal español, en La Ley, Tomo 74, pág. 848, ver en especial pág. 858; Bettioli, op. cit., pág. 21, nota 4).

El privilegio que reconoce a la situación de obediencia castrense existe en cambio por el reconocimiento de que sólo la seguridad sobre la ilicitud del mandato, produce responsabilidad para el subordinado, mientras que la conciencia dudosa, habitualmente originante de culpabilidad, obra aquí, como una eximente. Esta última idea tendrá luego consecuencias decisivas en la materia considerada.

El principio, proclamado en los Hechos de los Apóstoles (Cap. V, versículo 29), de que debe obedecerse antes a Dios que a los hombres, ha encontrado un valiosísimo desarrollo en la ética cristiana de todos los tiempos, para culminar en expresiones de Pío XII, quien señaló: "No está habilitada ninguna instancia superior para disponer un acto inmoral; no existe ningún derecho, ninguna obligación, ninguna licencia para cumplir un acto en sí inmoral, lo mismo que si él es ordenado, igual si la negativa de obrar entrañe los peores daños personales..." (alocución al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, 3 de octubre de 1953).

De igual modo, Juan XXIII en la Encíclica *Pacem in Terris* expresa que "... aquellos magistrados que no reconozcan los derechos del hombre o los atropellen, no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carecen de obligatoriedad lo que ellos prescriban..." (Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Colegio de Abogados de Concepción. Universidad de Concepción (Chile) Año XXXI, Julio-Septiembre de 1963, n° 125 pág. 20).

En la misma línea, pero ya con referencia específica a la guerra, la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, n° 79,

luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y de sus principios fundamentales, proclamados cada vez con mayor firmeza por la conciencia del género humano, expresa que: "...Los actos, que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan..." (Documentos del Vaticano II, B.A.C., Madrid, MCMLXXII, pág. 282).

34) Que los lineamientos de la escolástica cristiana y de la tradición jurídica formada a su amparo, han sido prolongados en el derecho penal liberal. Este, acentuando el valor de la responsabilidad personal, no privilegia la distinción objetiva entre delitos atroces —no excusables por la obediencia— y delitos leves, que sí lo son, y da preferencia a la idea ya puesta de manifiesto en algunos autores del derecho antiguo mencionados en el considerando treinta y dos, según lo cual interesa, ante todo, el conocimiento que del carácter delictivo de la acción ordenada tuviere el subordinado.

Chaveau, en un pasaje citado en la nota explicativa al art. 4º del Título III del Código de Tejedor, expresa: "Los antiguos juriconsultos, siguiendo la ley romana, distinguían los crímenes atroces de los ligeros, la orden del príncipe no justificaba al que cometía los primeros, pero, en cuanto a lo demás, la orden protegía de toda especie de castigo. Livingston ha reproducido la misma distinción en el Código de Luisiana: los simples soldados que cometen un delito siguiendo la orden de sus oficiales no incurrían en pena; pero si cometen un crimen, la orden ya no es causa de justificación (arts. 36 y 37). Esta distinción parece fundarse en que los agentes inferiores están menos en aptitud de apreciar la criminalidad de la orden cuando no tiene por objeto más que un simple delito, cuya inmoralidad es menos resaltante. Pero la más o menos gravedad del hecho, en nada cambia la cuestión de intención. ¿El agente ha creído o no legítima la orden? ¿Se ha percibido o sospechado la criminalidad de la orden? Toda la cuestión está aquí. Si comete a sabiendas un delito, es responsable. La exigüidad del hecho no puede descargarle la culpabilidad relativa que pesa sobre él, y sólo puede producir en su favor una presunción de falta de discernimiento (v. Rodolfo Moreno, "El Código Penal y sus antecedentes", tomo 2, Buenos Aires,

1922, págs. 268/269 —el pasaje transcrito forma el párrafo final del número 281— de la obra de Chaveau Adolphe y Faustin Helie, *Theorie du Códice Penal*, 4a. edición, Tomo I, París, 1861, págs. 577/579).

Una clara expresión de la tendencia enunciada se encuentra en el hoy derogado Código Penal Militar para el Imperio Alemán del año 1872, el cual prescribía que si en la ejecución de una orden sobre objetos del servicio se lesionaba una ley penal sólo sería responsable el superior; pero que el subordinado obediente recibiría la pena del partícipe cuando hubiera excedido la orden recibida o cuando hubiera sabido que la orden del superior se refería a una acción tendiente a ejecutar un crimen o delito civil o militar (v. Código de Justicia Militar para el Imperio Alemán por Paul Henz y Georg Ernst, Berlín, 1908, pág. 85).

Esta norma ha sido aplicada por los tribunales de la República Federal Alemana, para destacar que, de todos modos, la obediencia militar recibe en la ley un tratamiento privilegiado. En efecto, mientras la conciencia dudosa sobre la ilicitud, según las reglas generales del derecho penal no excluye la culpabilidad, en el caso del párrafo 47 del Código Penal Militar, sólo el conocimiento seguro de tal ilicitud permite reprochar la acción a los subordinados (sentencia del Tribunal Supremo Federal en casos penales, Tomo 5º “*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* —5 Band., 1954, Colonia, Berlín, pág. 239, en especial, pág. 241).

Durante la República de Weimar el Tribunal Supremo Alemán hizo una interesante aplicación del aludido párrafo 47. En esa ocasión se dijo que: “Si bien es cierto que puede ser argüido en favor de los subordinados militares, que están bajo la obligación de no cuestionar la orden de su superior y que pueden contar con la legalidad de la misma, esa confianza no puede alegarse que existe, si tal orden es universalmente conocida a todos, incluso a los acusados, sin lugar a dudas, como contraria a la ley. Esto sucede rara y excepcionalmente, pero este caso es precisamente uno de ellos, porque en la presente circunstancia, fue perfectamente claro para los acusados que matar a personas indefensas en los botes salvavidas no puede ser otra cosa que la violación de la ley. Ellos debieron comprender que la orden dada por Patzig tenía por objeto valerse de sus su-

bordinados para violar la ley y, en consecuencia debieron haberse negado a obedecerla. Como no lo hicieron, deben ser condenados (ver Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1962, Tomo 6º, pág. 856).

35) Que los horrores de la Segunda Guerra Mundial y también de la del Vietnam, dieron lugar a una importante actividad jurisprudencial acerca de la obediencia militar. Resulta útil presentar una reseña de los más significativos:

a) **Tribunal Militar de los Estados Unidos con sede en Nüremberg.**

Caso del Comando Supremo (1948): En esta oportunidad se juzgó a los miembros del Comando Supremo Alemán, durante la Segunda Guerra Mundial, por la acusación de haber participado en la comisión de “atrocidades y delitos” contra prisioneros de guerra y población civil en general. Entre los hechos que se les imputaban, se incluían: “homicidio, exterminio, maltrato, tortura, ...asesinato de rehenes, ...devastación *no justificada por la necesidad militar*” (el subrayado nos pertenece).

Al tratar el tema de la obediencia debida, alegado como defensa por los acusados, el tribunal comenzó transcribiendo los párrafos 4 (a) y (b) del art. II de la ley nº 10 del Consejo de Control: “... (b) El hecho de que alguna persona haya actuado obedeciendo una orden de su gobierno o de su superior, no lo libera de responsabilidad por la comisión de un delito, pero puede ser considerado como un atenuante...”.

Respecto de los argumentos de la defensa, en el sentido que sólo el Estado o su líder eran responsables de las atrocidades cometidas, el tribunal señaló: “... constituiría un total desprecio por la realidad y una mera ficción jurídica decir que sólo el Estado, un ente inanimado, puede ser culpable, y que no se puede atribuir culpabilidad a sus agentes, en su carácter de seres vivientes, que han planeado y ejecutado sus delitos. Tampoco puede aceptarse, ni aún bajo una dictadura, que el dictador —por más absoluto que éste sea— se convierta en el chivo expiatorio sobre el cual todos los pecados de sus subordinados quedan lavados y que cuando aquél se

refugia en un "Bunker" donde es presumiblemente destruido, todos los pecados y la culpabilidad de sus subordinados se destruyen con él. Los acusados, en este caso, se encontraban en una posición difícil de recibir órdenes obviamente delictivas, pero no puede reconocerse como defensa la obediencia servil de órdenes claramente delictivas, debido al temor de algún inconveniente o castigo que no constituían una amenaza inmediata. Para establecer la defensa de la coacción o del estado de necesidad ante el peligro, debe probarse la existencia de circunstancias tales que un hombre razonable se habría dado cuenta que estaba en tal inminente peligro físico de tal forma que se viera privado de elegir el bien y no cometer el mal. No se ha probado que tal circunstancia haya existido en el caso. Por otra parte, no es un concepto nuevo que las órdenes superiores no constituyen una defensa respecto a la conducta penal. El artículo 47 del Código Penal Militar Alemán, adoptado en 1872, decía lo siguiente: "Si a través de la ejecución de una orden en asuntos de servicio, se violase una ley penal, entonces sólo es responsable el superior que dio la orden. Sin embargo, le corresponde al inferior que obedeció la pena del partícipe cuando:

1. — Se hubiera excedido en la orden por él recibida, o

2. — tuviese conocimiento que la orden del superior correspondía a una conducta que tenía como objetivo la comisión de un crimen o delito civil o militar...". Es interesante señalar que un artículo de Goebbels, el Ministro de Propaganda del Reich, que apareciera en el "Voelkischer Beobachter", el periódico oficial nazi del 28 de mayo de 1944, contenía la siguiente correcta interpretación de la ley "en ninguna ley militar se prevé que un soldado, en el caso de un crimen despreciable, quede exento de castigo, porque pase la responsabilidad a su superior, especialmente si las órdenes de este último están en evidente contradicción con la moralidad humana y toda la costumbre internacional de la guerra...". El tribunal reconoció, más adelante, que si bien era cierto que los procesados no estaban en condiciones de determinar la legitimidad de muchas de las órdenes recibidas, no era menos cierto que: "...ciertas órdenes de la 'Wehrmacht' y del ejército alemán eran obviamente delictivas.

No era necesario un asesoramiento político para determinar la ilegalidad de tales órdenes. Bajo cualquier patrón de las naciones civilizadas eran contrarias a las costumbres de la guerra y a los patrones aceptados de humanidad. Cualquier oficial con mando, de inteligencia normal, debe ver y comprender su naturaleza delictiva. Toda participación en implementar tales órdenes, tácitamente o de otra manera, cualquier aceptación silenciosa en su cumplimiento, llevada a cabo por su subordinado, constituye un acto criminal por su parte...”.

b) **Comisión Militar de los Estados Unidos.**

Caso del Atolón de Jaluit (1945): En este caso se juzgó a jefes militares japoneses por crímenes de guerra consistentes en el homicidio de prisioneros de guerra estadounidenses. Con respecto al tema que nos ocupa, el tribunal señaló, con cita en precedentes jurisprudenciales, que: “...el soldado está obligado a obedecer sólo las órdenes legítimas de sus superiores. Si recibe una orden de cometer un acto ilícito, no se encuentra obligado, ni por su deber ni por su juramento, a realizarlas. Lejos de ser tal orden una justificación, convierte a aquel que dio la orden en cómplice del delito...”. Y más adelante, citando un caso donde un soldado estadounidense había asesinado a un ciudadano de Nicaragua, se dijo: “...una orden ilegítima en sí misma y no justificada por las reglas y usos de la guerra, o que sea sustancialmente ilegal, de tal forma que una persona de sentido y entendimiento ordinarios hubiera sabido tan pronto como escuchó la orden leída o dada que aquella era ilegal, no otorga protección por un homicidio, siempre y cuando el acto por el que pueda ser acusado tenga todos los elementos necesarios para constituir el mismo delito en el derecho...”.

c) **Corte de Distrito de Jerusalem (1961).**

Caso Eichmann: Sobre el punto que nos interesa, el Tribunal dijo, remitiéndose a jurisprudencia anterior, lo siguiente: “...La característica distintiva de una ‘orden manifiestamente ilegal’, tendría que flamear como una bandera roja encima de la orden, como una advertencia que dice ‘Prohibido’. Aquí no interesa la ilegalidad for-

mal, oculta o semioculta, ni la ilegalidad que sólo es discernible a los ojos de un experto legal, sino una violación flagrante o manifiesta del derecho, una ilegalidad definida y necesaria que aparece sobre la faz misma de la orden, el carácter claramente distintivo delictivo de la orden o de los actos ordenados, una ilegalidad que salte a la vista y que repugne al corazón, siempre y cuando el ojo no sea ciego ni el corazón pétreo o corrupto, esa es la medida de 'ilegalidad manifiesta' que se requiere para liberar al soldado de su obligación de obediencia y hacerlo penalmente responsable de sus actos...". Más adelante, la Corte señaló lo que habían ya observado otros tribunales, a saber: que ni siquiera los nazis derogaron el art. 47, inc. 2º, del Código de Justicia Militar Alemán que establecía la responsabilidad del inferior cuando éste hubiese sabido el carácter delictivo de la orden.

Por último, el Tribunal rechazó el argumento defensivo, según el cual Eichmann había actuado coaccionado por sus superiores. "...Si bien el acusado mostró una obediencia propia de un buen nazi, y miembro de la SS, a los cuales se les inculcaba una obediencia total y rígida, ello no significa que llevó a cabo sus órdenes únicamente porque se lo habían ordenado. Por el contrario, cumplió con sus deberes en todos los casos, también con convicción interna, de todo corazón y gustoso...".

d) Corte Suprema de Israel (1962).

Llegada la causa en apelación, el tribunal se refirió —con una cita doctrinaria— a los graves problemas que tiene un soldado ante la disyuntiva de cometer un delito o verse ante la posibilidad de ser sometido a una Corte Marcial por desobediencia: "...No es fácil para nadie, menos aún para el soldado de escasa educación, decidir si una orden dirigida a él es razonablemente necesaria para sofocar un disturbio... Para empeorar las cosas, él se encuentra sometido a dos jurisdicciones diferentes" (Glanville Williams, *The Criminal Law*, etc., 2nd. ed., pág. 297)... La solución intermedia que otorga el derecho penal general en este país —de acuerdo a la trascendencia del derecho inglés— es que tal excepción es admisible cuando existió obediencia a una orden no manifiestamente ilegal...".

En lo que concierne al problema de la coacción, se citó un fallo de un tribunal estadounidense: "... la amenaza, empero, debe ser inminente, real e inevitable... El test que debe aplicarse es si el subordinado actuó bajo coacción o si el mismo aceptó el principio involucrado en la orden. Si la segunda proposición es correcta, la excusa de la orden superior fracasa... Cuando la voluntad del actor se confunde con la voluntad del superior, en la ejecución de un acto ilegal, el actor no puede argumentar haber actuado bajo coacción de órdenes superiores..."

e) **Instrucciones del Juez Militar en el caso "Calley" (1971).**

El teniente Calley fue juzgado por un tribunal militar por la masacre de civiles de la aldea vietnamita de "May-Lai".

Sobre el tema de la obediencia debida se dijo:

"A los soldados se les enseña a obedecer órdenes, y se le presta especial atención a la obediencia de órdenes en el campo de batalla. La eficiencia militar depende de la obediencia de órdenes. Por otro lado, la obediencia del soldado no es la obediencia de un autómatas. Un soldado es un agente racional, que está obligado a responder, no como una máquina, sino como una persona. El derecho tiene en cuenta estos factores al determinar la responsabilidad penal por actos realizados en cumplimiento de órdenes ilegales. Los actos del subordinado hechos en cumplimiento de una orden ilegítima dada por su superior quedan excusados y no le imponen responsabilidad penal, a menos que la orden del superior sea de tal naturaleza que una persona de sentido y entendimiento normales se hubiera dado cuenta, teniendo en cuenta las circunstancias, de que la orden era ilegal, o que el acusado sabía perfectamente que la orden era ilegal..." (todos los fallos transcritos se encuentran en el libro "The Law of War, A Documentary History", Volumen II, editado por Leon Friedmann).

f) **Tribunal Supremo Alemán, Sala Penal, (1952) BGH st. 2,234.**

En este caso se juzgó a dos antiguos funcionarios del régimen nazi que colaboraron en el transporte de miles de personas hacia

campos de exterminio, donde la mayoría de ellas fueron asesinadas. Los acusados alegaron en su defensa haber actuado en cumplimiento de disposiciones legales que ordenaban la detención de “enemigos del Estado”.

Sobre este punto dijo el Tribunal lo siguiente: “En la conciencia de todos los pueblos civilizados existe, a pesar de las diferencias que muestran los específicos ordenamientos jurídicos nacionales, un claro núcleo fundamental del derecho el cual, conforme a una convicción jurídica general, no puede ser violado por ninguna ley ni por ninguna otra medida de la autoridad estatal. Comprende determinados principios fundamentales, el comportamiento humano, considerados inviolables, los cuales se han venido formando a lo largo del tiempo sobre la base de convicciones éticas fundamentales y que son jurídicamente vinculantes, sin importar que existan disposiciones específicas de los ordenamientos jurídicos nacionales que parezcan permitir su desconocimiento... Las disposiciones legales que de ninguna forma tienen como objetivo la justicia, que niegan conscientemente el concepto de igualdad y desprecian claramente las convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos civilizados que se relacionan con el valor y la dignidad de la persona humana, no crean ningún derecho y una conducta realizada conforme a aquéllas sigue constituyendo un injusto en aquellos casos de violaciones evidentemente groseras contra los principios básicos de justicia y humanidad; no sólo debe negarse la legalidad de las medidas estatales; la grosería y lo evidente de la violación será también un seguro indicio de que aquéllos, que ordenaron, ejecutaron o promovieron las órdenes, actuaron con conciencia de su antijuridicidad... En un estado que tiene aparentemente como objetivo servir a la justicia y respetar la dignidad y el valor de la persona humana, se estará lejos de creer que sus normas legales y disposiciones puedan contradecir los principios de igualdad y humanidad...”.

En un fallo posterior (1964) el mismo tribunal rechazó los argumentos del acusado acerca del error sobre la legitimidad de las órdenes respecto de la matanza de civiles indefensos: “...El sabía, a pesar de su largo adoctrinamiento en la SS, que estaba dirigido al

aprendizaje en la obediencia ciega, que no toda orden es 'sagrada' y que no toda orden del líder nazi obligaba a la obediencia incondicionada, sino que el deber de obediencia tenía un límite, aun frente a Hitler, Himmler u otro líder nazi, fijado por la ley y la moral y que a tales órdenes, que estaban tan evidentemente en contradicción con toda moral humana y todo orden jurídico —como es el caso aquí de la orden de matar—, se les debía negar obediencia si es que no deseaba colaborar en forma conciente en un delito...".

Más adelante, el tribunal rechazó la alegación del acusado de haber actuado coaccionado por sus superiores ya que "el comportamiento global del acusado deja entrever claramente su disposición interna de ejecutar por medio de su escuadrón, la orden recibida..." (Este último fallo se encuentra transcrito en el libro "Justiz und NS Verbrechen", tomo XX, pág. 23 y ss.).

g) Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, del 22 de noviembre de 1952 (BGH st. 2,251).

Los acusados, integrantes de la SS, habían asesinado a cuatro civiles indefensos en cumplimiento de una orden del superior.

El tribunal rechazó las excusas de los imputados que alegaban haber actuado bajo la eximente de la obediencia debida de esta manera págs. 257/258). "...El derecho penal no conoce una causal de exculpación, basada en la ciega obediencia y no la puede reconocer ya que, de tal forma, renunciaría a los fundamentos de la responsabilidad del ser humano como persona. Aun el mismo juramento nazi a la bandera..., el cual obligaba a los soldados a una obediencia incondicional respecto de Hitler, no eliminó la excepción obligatoria del par. 47 del Código Penal Militar... Aún cuando el juramento de la SS y la pertenencia a aquéllas estableciese la obediencia ciega, ello sería jurídicamente irrelevante. Quien se somete voluntariamente a una voluntad ajena, sigue siendo penalmente responsable. Los códigos penales militares de casi todos los estados muestran que las condiciones militares no justifican una eliminación, sino tan sólo una restricción de la responsabilidad del subordinado. El parágrafo 47 del código penal militar alemán aplicaba al subor-

dinado la pena del partícipe, cuando aquél ejecutaba una orden del superior, que reconocidamente estuviese dirigida a la comisión de un crimen o delito. En el ámbito del derecho anglosajón, últimamente, sólo disculpa el no haber podido reconocer la antijuridicidad... Los acusados se remiten así en vano a un supuesto derecho especial de las SS. Para ellos, sólo sería de aplicación el par. 52 del Código Penal y de ninguna manera el par. 47 del Código Penal Militar. En el mejor de los casos la orden podría tener alguna relevancia en tanto aquélla contuviese una amenaza que involucrara un peligro mortal o corporal. De acuerdo a las constancias del juicio la orden no pertenecía a esa categoría. Los acusados no se encontraban, así, en estado de necesidad de acuerdo a la convicción del tribunal de grado. Tal como éste lo ha comprobado, los acusados no tenían que temer un peligro de muerte o corporal si se rehusaban a cumplir la orden. Tal temor no fue expresado entre ellos y tampoco a terceros y la participación no fue prestada como consecuencia de aquél, sino que ejecutaron la orden —reconocida como antijurídica— debido a que la consideraban vinculante en su condición de integrantes de las SS y de nazis convencidos. Ello no constituye un estado de necesidad, sino un accionar responsable motivado en una ciega obediencia voluntaria por propia responsabilidad”.

36) Que en nuestro medio las tendencias liberales en la materia tratada se manifiestan, en el siglo pasado por intermedio de Carlos Tejedor, quien se ocupa de él apoyándose en Chaveau y Pellegrino Rossi.

En tal marco dice que... “Tratándose de los militares principalmente, se ha sostenido la doctrina de la obediencia pasiva. Los militares, se dice, no deben juzgar ni ver, sino con los ojos de sus jefes. El jefe sólo es responsable de una orden criminal. Esta doctrina nos parece demasiado absoluta. Toda obediencia debe cesar cuando la orden es abiertamente criminal. No es cierto que tampoco los militares sean siempre ciegos instrumentos. La ordenanza los obliga muchas veces a verificar la legitimidad de las órdenes que reciben...” (Carlos Tejedor, *Curso de Derecho Criminal*, Ira. parte, 2da. edición, Buenos Aires, 1871, págs. 49/50). En la nota 3 de este

párrafo, manifiesta Tejedor que “La obediencia pasiva sólo es indispensable al despotismo. Los antiguos distinguían los delitos atroces de los ligeros” (loc. cit. al pié).

En páginas precedentes afirma el autor citado “Que difícilmente se admitiría la orden superior como justificación de un verdadero delito; porque bajo nuestra forma de gobierno, y por el espíritu de nuestras instituciones la obediencia no tiene el alcance que en los tiempos antiguos” (op. cit., pág. 30).

37) Que las mismas ideas fueron sustentadas en los momentos iniciales de nuestra organización nacional, como lo revela el debate de la ley nº 182 del Congreso de la Confederación, en oportunidad de discutirse la norma que sancionaba penalmente a quienes ejecutaban un arresto o prisión sin orden escrita.

El senador Palma se opuso a esta norma, objetando que “si los ejecutores fueron personas que entendieran el derecho, enhorabuena que sufrieran la pena; pero los delitos que se cometen por ignorancia del derecho, ésta no perjudica al que los comete. Por consecuencia yo estaré contra esa pena: al mandatario ignorante que obedece por hábito de sumisión, impulsado tal vez por la educación militar que reciben nuestros hombres de campaña. El día que consigamos civilizar estas masas, entonces será la época oportuna de exigir del hombre vulgar o del pueblo, el cumplimiento exacto de sus deberes en sociedad”. La respuesta que a esta opinión brindara el senador Vega merece, por su claridad y el valor que conserva en nuestros días, como lo demuestran los hechos que se juzgan en el *sub judice*, ser transcripta también literalmente... “supongamos que un jefe de policía manda dar muerte a un ciudadano. Yo pregunto si los ejecutores de esta orden, son o no responsables del asesinato; indudablemente que sí, porque los ejecutores de la orden deben saber que su superior, el jefe de policía no tiene facultad para expedir órdenes de semejante carácter...”.

“Para esto no creo que sea necesario tener perfecto conocimiento del derecho, sino que basta comprender los deberes inherentes al cargo que se ejerce; basta que el funcionario sepa que no debe obe-

decer a ciegas a su superior; basta que sepan los vigilantes que no son viles esbirros del poder absoluto...”.

“Para moralizar la administración, para garantizar al ciudadano contra los avances del poder, es preciso que los ejecutores tengan también una pena (confr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso Nacional; núm. 25, sesión del 2 de julio de 1863, pág. 231, 1ra. y 2da. columna).

La entera tradición de la jurisprudencia humanística y del liberalismo está sintetizada en el expresivo dictamen del Procurador General, doctor Francisco Pico en el caso de Fallos: 5, pág. 181 (págs. 188|192) que la Corte Suprema hizo suyo y que se transcribe: “La orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden, y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley, y constituye en sí mismo un crimen.

“¿Por qué? — Porque el hombre es un ser dotado de voluntad y discernimiento: no es un instrumento ciego e insensible.

“El no debe obediencia a sus superiores, sino en la esfera de las facultades que estos tienen.

“Y aún dentro de esa esfera, si el acto constituye evidentemente un crimen, como por ejemplo, si un oficial que manda un puesto ordena a sus soldados que hagan fuego sobre los ciudadanos inofensivos y tranquilos que pasan por la calle; si el jefe de una oficina de contabilidad ordena a sus subordinados que consignen en los libros partidas falsas o falsifiquen documentos; si un jefe militar ordena a los soldados que hostilicen al Gobierno. En estos casos y otros semejantes, la obediencia no es debida, porque es evidente que esos actos son crímenes que las leyes reprueban y castigan, y el agente que los ejecuta debe sufrir la pena, sin que pueda ampararse de una orden que no ha debido obedecer, si no hubiese tenido la intención criminal.

“Esta es la doctrina uniforme de los jurisconsultos, conforme con la disposición de la ley 5, Tít. 15, parte 1a.

“El principio no puede ofrecer dudas, sino en los casos oscuros, en que no es fácil discernir si el acto que se manda ejecutar está o no prohibido por la ley, si se halla o no dentro de las facultades del que lo ordena. Si en estos casos puede ser absuelto el agente, no es seguramente porque la orden lo libre de responsabilidad, sino porque no ha habido conocimiento ni intención de cometer un crimen”.

Así como Francisco Pico trazó en los albores de la actividad de la Corte Suprema reglas dogmáticas concernientes a la obediencia militar, José María Moreno en su célebre informe del año 1874 dio las razones de carácter político institucional en que se basan dichas reglas. El ilustre jurisconsulto manifestó ...“Cuán diferente, entonces es la condición política y civil del militar, según la Constitución, y según los principios y máximas de la ordenanza española.

“El militar entre nosotros, es el ciudadano a quien la nación ha entregado las armas para defender la integridad de su territorio contra los ataques del exterior, y el imperio de la Constitución y de las leyes, en el interior. A él están confiadas la guarda de la Constitución, el respeto a la ley, la conservación de las libertades y garantías del pueblo, de que forma parte. Su primordial deber, cuyo cumplimiento garante bajo la fe del juramento, es defender la Constitución y las leyes, a que está ligada íntimamente la existencia de la patria, contra cualquiera que osara conculcarlas, sirviendo así los intereses del pueblo, único soberano de que emana toda autoridad y todo poder constituido en el Estado.

“Lejos de servir los intereses de una persona y de considerar las determinaciones de su voluntad como la única regla de sus actos, el militar argentino sólo puede servir los intereses del pueblo, y únicamente puede considerar como regla invariable de sus actos las prescripciones de la Constitución y las leyes, de que en ningún caso le es lícito prescindir, cualesquiera que sean las órdenes que reciba de una autoridad superior en jerarquía. El mayor crimen que pudiera cometer, es la traición a la patria, es la violación de la Constitución, es el desconocimiento de la soberanía del pueblo, es en fin, la conculcación de las leyes; porque entonces volvería sus armas con-

tra su patria, habría violado la fe de su juramento y habría conspirado contra la naturaleza y fines de la institución a que pertenece..." (Obras Jurídicas del doctor José María Moreno, reunidas y publicadas por los doctores Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, Tomo 3º, Buenos Aires, 1883, págs. 281|282).

38) Que cabe observar, luego de esto, que si la obediencia ciega es absolutamente incompatible con el régimen republicano, sus raíces filosóficas son de tal índole que no se concilian con los sentimientos corrientes aun en regímenes políticos de otras características.

Grocio (op. y vol. cit. pág. 608), pone de relieve la razón por la cual Aristóteles no responsabiliza al siervo por la acción ilícita ordenada por el dueño. En el libro V de la *Ética a Nicómaco*, recuerda el maestro holandés, el Estagirita cuenta entre aquéllos que llevan a cabo una acción injusta, sin obrar, empero, injustamente, al servidor del señor que da la orden, y es éste, como principio de la acción, quien obra injustamente, dado que en el servidor la facultad de deliberar no es completa.

En realidad, Grocio ofrece un resumen de varias ideas que se hallan, efectivamente, en el Libro V de la *Ética a Nicómaco* (especialmente Cap. 6 —parágrafos 1134a y 1134b— Cap. 8 —parágrafo 1135a y Cap. 9 —parágrafo 1136b—), y utiliza parte de la exposición sobre este último que efectúa Tomás de Aquino en el Comentario a la *Ética* mencionada. El parágrafo pertinente del Comentario, aclara muy bien el texto aristotélico y se expresa así: "...Dice que de múltiples maneras se dice que se hace una cosa. De una como lo hace el agente principal. De otra como lo hacen los instrumentos. Es de esta manera como puede decirse de ciertas cosas inanimadas —como la flecha, la espada o la piedra—, matan, o que la mano mata, o que mata el siervo que obedece una orden. De los cuales ninguno, hablando formalmente, hace lo injusto aunque haga cosas que sucede que son injustas, porque hacer lo injusto —como sea voluntario— le compete al que tiene principio de la acción, como se ha dicho..." (Santo Tomás de Aquino "Comentario de la *Ética a Nicómaco*", traducción y

nota preliminar de Ana María Mallea, Buenos Aires, 1983, Lección XV, nº 1071, pág. 308).

Ahora bien, según Aristóteles, la acción voluntaria es la que depende del agente y está realizada con discernimiento (Cap. 8 —parágrafo 1135a—), y la capacidad de discernir lo justo de lo injusto sólo se da entre libres e iguales, entre los que no figuran los esclavos (Cap. 6 —parágrafos 1134a y b—).

Grocio dice, en una nota del loc. cit., que Temistio —un filósofo y retórico del Bajo Imperio— observa que los príncipes se asemejan a la razón, y los soldados a la cólera (que es ciega). O sea que con la desaparición de los ejércitos cívicos, y la transformación de los soldados-ciudadanos en mercenarios, se equiparó en la Antigüedad su condición a la servidumbre.

El conocido rechazo de Aristóteles al principio de libertad e igualdad de **todos** los seres humanos, su afirmación de que el esclavo participa de la razón sólo hasta el punto de reconocerla pero no de poseerla (Política, Libro I, Capítulo 5, parágrafo 1254b), es pues el sustento de la obediencia ciega y totalmente irresponsable.

La obediencia ciega, hija de la servidumbre antigua, sólo tiene su lugar lógico, contemporáneamente, en los regímenes autocráticos, como lo observa Kelsen. Al referirse al tema, el gran jurista destaca que la confusión entre la instancia que dicta la norma ilícita y la que juzga la desobediencia a ésta “es una característica de la organización autocrática de las autoridades y sólo se justifica desde aquel punto de vista que considera más importante la obediencia que la juridicidad. De la mentalidad de este tipo autocrático de organización proviene también la teoría según la cual el órgano está obligado a cumplir incluso las órdenes irregulares por ilegalidad o inconstitucionalidad, no pudiendo negarles obediencia ni aun por su cuenta y riesgo. Pero esto no puede afirmarse absolutamente como una consecuencia de la naturaleza de la relación entre los órganos o de las disposiciones mismas, sino sólo como precepto de Derecho positivo, allí donde exista (Teoría General del Estado, traducción directa de Luis Legaz Lacambra, México 1959, pág. 379).

En fin, quede en claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente. Como la función de la Corte Suprema es aplicar la Constitución, la hermenéutica que realice de las normas sobre obediencia militar no podrá ser ajena ni a los principios republicanos y democráticos, ni a la tradición jurídica milenaria que también en esta materia delicada postula, ante todo, el reconocimiento en el subordinado de su calidad de ser razonable, y por ello le exige que así se comporte, no excusándolo con pretextos que denigran la calidad de ciudadanos que necesariamente poseen en una República quienes deben dedicarse a la honrosa profesión de las armas.

39) Que tampoco cabe a esta Corte adoptar una interpretación de la obediencia militar que pudiera entrar en pugna con los compromisos internacionales contraídos por el Estado Argentino.

Al respecto, cabe recordar que la ley 23.338, sancionada el 30 de julio de 1986, promulgada el 19 de agosto de ese año y publicada en el Boletín Oficial del 26 de febrero de 1987, ha aprobado la Convención contra las torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y firmada por el gobierno argentino el 4 de febrero de 1985.

El instrumento ratificatorio fue firmado por el Presidente de la Nación el 2 de setiembre de 1986 y depositado en la sede de las Naciones Unidas el día 24 del mismo mes y año, según el informe que consta en la Secretaría del Tribunal.

Este Tratado no parece formar, todavía, directamente parte de nuestro derecho interno, pues de las veinte ratificaciones requeribles por su art. 27, según las informaciones de la Cancillería Argentina, se han producido diecinueve. Sin embargo la Convención aludida tiene plenos efectos en cuanto a la creación de responsabilidad internacional para el Estado Argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, cuyo art. 18 dispone, en lo pertinente, que "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustraren el objeto y el fin de un tratado:

“—si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado;

“—si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”.

El art. 2º de la Convención contra la tortura establece que :

“1. — Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que está bajo su jurisdicción.

“2. — En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

“3. — No podrá invocarse una orden de un funcionario superior de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

40) Que la idea según la cual la inhumanidad de un hecho penal impide desincriminarlo se ha mantenido viva en toda nuestra historia jurídica desde la organización nacional. Cuando el art. 11 de la ley 23.049, excluye de su ámbito de aplicación a los hechos atroces o aberrantes, no hace sino continuar una línea habitual, puesta de manifiesto por la legislación y la jurisprudencia en los campos de la amnistía y de la extradición.

Especial relieve tiene, al respecto, el debate de la ley 714 del año 1875. En el proyecto original se establecía que el beneficio no alcanzaba a quienes hubiesen ordenado fusilamientos sin autoridad legal “o ejecuciones a lanza y cuchillo, siendo responsables de estos crímenes los que los ordenaron, o autorizaron sin castigarlos, y los ejecutores de tales actos de barbarie”.

La Comisión respectiva, de la cual formaba parte Sarmiento —entonces senador por su provincia— propuso también una ley de indemnidad, que en lo fundamental expresaba: “Los ejecutores de

las Ordenes del Presidente de la República, o de cualquiera otra autoridad legal, con el objeto de reprimir rebeliones o sediciones, o de someter fuerzas amotinadas, o para la ejecución de leyes del Congreso resistidas por personas armadas, que hayan hecho uso de las fuerzas de línea o de la Guardia Nacional, quedan exonerados de toda responsabilidad, y libres de toda acción judicial, por sus actos en la ejecución de esas órdenes, anteriores a esta ley aun cuando ellos sean irregulares, o adolezcan de cualquiera omisión”.

Un tercer proyecto creaba límites al de indemnidad. En efecto, se prevenía que: “Art. 1º: Las ejecuciones a lanza o cuchillo practicadas en alzamientos, rebeliones, u otros actos en que arrogándose poder para ejercer actos de justicia o venganza; o so color de autoridad legal, se dispone de la vida de los hombres de esa manera, están incluidos en los crímenes que el derecho y la ley de las naciones declaran crímenes contra la humanidad y la sociedad entera, y por tanto, fuera de las leyes de la guerra o las garantías civiles”. “Art. 2º. — Quedan sujetos a esta categoría de crímenes el jefe de la rebelión o banda armada que lo cometiere, consintiere entre los suyos sin castigo ejemplar, y el ejecutor o ejecutores inmediatos del crimen”. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, año 1875, Tomo 1, págs. 155/156.

La cautela que significaba el último proyecto transcrito no dejó conforme al senador Rawson, quien, evidentemente, temía la impunidad de otros actos crueles. Así surge de sus palabras... “me he hecho esta pregunta: ¿Qué son estas irregularidades? ¿Cuál es el alcance de esta remisión? En seguida: ¿tiene el Congreso derecho para legislar suprimiendo las acciones civiles o criminales que se deriven de la ejecución de actos de autoridad competente, sólo por el hecho de ser en ejecución de órdenes superiores? A todas estas inquisiciones de mi parte, no he hallado sino una sola respuesta. Las irregularidades entre nosotros, en ejecución de órdenes, son crímenes o delitos graves, y los delitos o crímenes no pueden ser remitidos por ninguna ley humana. ¿Por qué? Porque son violaciones al derecho, que ninguna legislación del mundo tiene derecho perfecto para hacer olvidar o poner fuera del alcance judicial” (Diario de Sesiones citado, pág. 170).

En definitiva, el proyecto sancionado se limitó a los delitos puramente políticos, con exclusión de los delitos comunes ordenados o cometidos con ocasión de la rebelión o sedición (ver Diario de Sesiones citado, pág. 267).

41) Que la distinción, firmemente mantenida por la jurisprudencia entre delitos políticos y delitos comunes conexos, está mantenida, desde entonces, en la jurisprudencia de esta Corte Suprema con la idea de excluir de la impunidad acciones de barbarie o vandalismo. Así en el caso de la excarcelación de Ricardo López Jordán (Fallos: 21:121) se puso de relieve que la impedía la circunstancia de haber autorizado durante la rebelión "gran número de homicidios, siendo las víctimas unas veces fusiladas, otras ejecutadas a cuchillo; por haber hecho azotar un considerable número de individuos, muriendo uno de ellos inmediatamente después"... El Tribunal agregó "que aunque es posible que en definitiva no resulten todos esos cargos suficientemente justificados, aunque es posible que el acusado logre desvanecerlos, y así es de desear que suceda, por su propio bien y por honor del país y de la humanidad" (pág. 129).

Iguals consideraciones aparecen en Fallos: 254:432, considerando 3º (pág. 464).

Reviste interés advertir que la misma doctrina fue aplicada para condenar a los responsables de la masacre de la Estación Pirovano (Fallos: 115:302), ocurrida cuando un grupo de suboficiales y soldados participantes de la rebelión de 1905 se amotinaron contra los dirigentes locales de la insurrección y los asesinaron.

En el caso, la Cámara Federal de La Plata, cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, expresó que: "... los homicidios llevados a cabo en oficiales y miembros de la junta civil revolucionaria y, especialmente, la muerte del teniente Verniard, no son formas o manifestaciones necesarias, tendientes a preparar o llevar a cabo el acto de rebelión o necesarios para la consecución y feliz éxito de la contrarrebeldión, que los procesados afirman haber tenido la intención de efectuar, contrarrebeldión que ha podido llevarse a cabo, defendiéndose los procesados sólo a fuerza de inercia, en el caso que los revolucionarios hubieran pretendido seguir adelante en

su empeño. Son actos de "barbarie inútil". Dupin observaba al respecto y con sobrada razón, "que la bandera de la insurrección, semejante al pabellón que cubre la mercancía, protegería la mezcla de todos los crímenes accesorios, de todas las atrocidades, tales como las venganzas privadas, el fusilamiento de prisioneros, el homicidio, las torturas, las mutilaciones, todo quedaría de este modo excusado en nombre de la política" (págs. 323/324).

Consecuente con la línea jurisprudencial expresada, la Corte Suprema interpretó la ley de amnistía n° 14.436 (Fallos: 254:315) en el sentido de que ella no alcanzaba a los delitos atroces, cometidos de manera inhumana, carentes de relación atendible con el móvil político o gremial alegado y agregó el Tribunal que el perdón de tales delitos "rayaría, en efecto, con la arbitrariedad en el ejercicio del poder normativo, que aún cuando pueda escapar a la revisión jurisdiccional de esta Corte, sirve de pautas para evitar su consagración interpretativa —doctrina de Fallos: 251:158 y sus citas" (la mención a este caso no significa que se comparta la última afirmación, que no encuentra sustento en la doctrina que invoca y resulta, además, contradictoria).

Esta doctrina fue aplicada por la Cámara Federal de Rosario en la causa referida a las torturas y muerte que sufrió el doctor Ingalinella (ver fallo del 19 de diciembre de 1963, La Ley, T. 113, pág. 66 y siguientes). Similar inspiración revela lo decidido en Fallos: 286:59, acerca de que la ley de amnistía n° 20.508 "...no quiere beneficiar a los protagonistas de delitos comunes y entre ellos, a aquéllos que poniéndose al servicio de la opresión, usurpando el poder y con abuso de autoridad, desencadenan el terror, el odio y la violencia" (considerando 4°).

Por último, en el caso de la extradición del médico alemán Gerhard Bohne, acusado de ser jefe de la organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, camufladas como cuartos de duchas, la Corte Suprema produjo una sentencia de especial valor cuyos considerandos 14, 15 y 16 se transcriben a continuación (Fallos: 265:219):

"14) Que, en consecuencia, ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como

fundamento para negar la extradición, cuando se trata de hechos delictuosos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad; esto sin perjuicio de señalar que tal alegación no es admisible en cuanto el empleo de la eutanasia ninguna relación ostensible guarda con las infracciones políticas o militares.

“15) Que esta Corte Suprema ha negado el carácter de delito político a hechos particularmente graves y odiosos por su bárbara naturaleza, según así resulta de lo decidido en Fallos: 21:121; 54:464; 115:312.

“16) Que en el *sub iudice* es evidente que las acciones enrostradas al acusado revisten esa índole por ser lesivas de sentimientos de humanidad elementales, dada la magnitud de los hechos de que se trata, la condición de enfermos indefensos que revestían las víctimas y el procedimiento empleado para eliminarlas; tan ello, así, que no en vano los mismos responsables de la ‘operación T.4’ se preocuparon de ocultarla a los familiares de los sacrificados y al pueblo alemán, disfrazando al organismo encargado de llevarla a cabo mediante el empleo de denominaciones engañosas sobre su verdadera función, tales como las de ‘Comunidad de Trabajo del Reich para Manicomios y Asilos’, ‘Fundación de interés común para la asistencia de Sanatorios’ y ‘Sociedad limitada de interés común para transporte de enfermos’”.

En conclusión, existe toda una noble tradición argentina que niega ingreso al campo de la impunidad a quienes sean responsables de atrocidades, y —cabe observarlo— la mayor manifestación de tal linaje de ideas y sentimientos se halla en el art. 18 de la Constitución, cuando decreta que “Quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes”.

Obtenidos estos resultados, es preciso pasar al análisis técnico del art. 514 del Código de Justicia Militar y sus disposiciones concordantes, que debe verificarse a la luz de los principios reseñados.

42) Que, cabe advertir en primer término que desde un simple examen gramatical del art. 514 del C.J.M., se desprende, sin lugar

a dudas, que así como la irresponsabilidad del ejecutor no cubre en ningún caso la responsabilidad de quien emitió la orden, la responsabilidad de éste no excluye, en todos los supuestos, el reproche de aquél.

En tal sentido, se ha afirmado al fallar en la causa C. 895. XX “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del P.E.N.”, sentencia del 30 de diciembre de 1986, que un detenido análisis de la norma, cuya interpretación viene cuestionada a esta instancia, permite afirmar que la ley militar atribuye responsabilidad a título de autor, al superior que dio 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, conjuntamente con el subordinado, cuando éste no pueda esgrimir en su favor dicha causal de impunidad (confr. cons. 15 del voto de los doctores Enrique Petracchi y Jorge A. Bacqué).

43) Que, sentado lo expuesto corresponde pues determinar cuál es el alcance de la obediencia debida en el art. 514 del C.J.M.; ello obviamente implica delimitar, a su vez, en qué casos el superior y el inferior deben ser considerados conjuntamente responsables.

Es oportuno recordar al respecto que el Tribunal ha reconocido en el fallo antes mencionado —cons. 15 del voto de la minoría— que 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 de servicio, limitando la posibilidad de inspección del mandato recibido (art. 675 del C.J.M.) y sancionando la falta de obediencia (arts. 667 y 674 del C.J.M.).

Ahora bien, las condiciones que la disciplina militar impone, si bien inciden en la modalidad con que debe prestarse obediencia, y aquí reside la diferencia con otros ámbitos, por ejemplo el administrativo, en nada influye respecto del carácter y límites de la obe-

En efecto, de la circunstancia de que en el ámbito militar el poder de revisión del subordinado respecto de los mandatos que recibe en sí.

ciba se encuentra especialmente limitado, no se deriva que cualquiera sea el contenido de la orden, el inferior quedará exento de responsabilidad por su cumplimiento.

Ello es así primordialmente cuando se trata de un mandato manifiestamente ilícito, pues en tal hipótesis, el inferior que lo recibe no necesita gozar de poder de revisión alguno, toda vez que, al ser evidente su ilegitimidad, no hará falta que ejerza ningún examen para advertirla.

44) Que, de lo afirmado en el considerando anterior, se deduce que la causal de impunidad receptada en el tantas veces mencionado art. 514 del Código castrense, funcionará siempre dentro de los límites que ese mismo ordenamiento legal impone. Así, cuando la orden de que se trate sea de un contenido ilícito no manifiesto, en tanto el subordinado la reciba de su superior en ejercicio de sus funciones —acto de servicio—, y a su vez determine el cumplimiento de un acto que también para el inferior se enmarque en el ejercicio de su función, la eximente en análisis tendrá entonces operatividad. Fuera de esos límites, cuando como en el caso de autos, se está frente a un mandato cuyo contenido contradice de un modo evidente los principios y convicciones de la conciencia jurídica general, el subordinado que cumpla tal orden habrá excedido el ámbito en que la eximente de la obediencia debida funciona haciendo responsable sólo al superior que hubiera emitido la orden, y por lo tanto el inferior será junto con aquél, merecedor de reproche penal por el hecho cometido.

Por ello, no es en verdad necesario, para decidir en relación a los hechos juzgados en esta causa, determinar cuál es el lugar sistemático que ocupa la obediencia jerárquica en la teoría del delito, toda vez que cada una de las acciones por las que el *a quo* ha condenado al procesado, constituyen claros excesos respecto de los límites de la causal alegada.

En efecto, los autores que consideran a la eximente aludida como una causa de justificación, la limitan a los casos en que la orden no vulnere manifiestamente el ordenamiento jurídico, o suponga la imposición de un comportamiento que lesione la dignidad humana,

o se oponga a las reglas generales del Derecho Internacional, etc. (confr. Hans-Heinrich Jeschek, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona 1978, Ed. Bosch, Vol. I, pág. 539, Santiago Mir Puig, "Derecho Penal Parte General", Segunda Edición, Barcelona, 1985, págs. 428/439, especialmente 432).

Por otra parte, entre quienes entienden que se trata de un supuesto de coacción, en virtud de las consecuencias que el ordenamiento militar prevé para los casos en que el subordinado no cumpla con lo que se le ordena, merece destacarse la opinión de Edmund Mezger, quien considera que existen límites más allá de los cuales ya no puede obedecer el subordinado, sino que éste actúa culpablemente y es, en consecuencia, punible. Ello es así principalmente, en opinión del autor citado, en aquellos casos en que se trate de órdenes que niegan sin más el ordenamiento jurídico (confr. "Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General", Trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958, Ed. Bibliográfica Argentina, págs. 266/267). Asimismo, entre los autores nacionales que se inscriben en esta última línea Ernesto Ure (h.) señala que, en razón de que aquel ordenamiento jamás puede imponer la ejecución de actos sustancialmente ilícitos, es menester aplicar con estrictez los requisitos que rigen para la coacción, o sea analizar si las consecuencias que pueden derivar para el subordinado del incumplimiento de la orden ilegítima, constituyen un mal inminente y mayor que el que es susceptible de producir la ejecución del acto (confr. "Obediencia debida e inculpabilidad", L. L. T. 126, pág. 976, esp. 979).

Corresponde agregar, además, que siempre resultará necesario verificar que el subordinado al cumplir lo ordenado y lesionar el bien jurídico del cual se trata, lo haga impulsado por la amenaza del mal que implicaría el incumplimiento del mandato, dado que no cabría desde ningún punto de vista hablar de coacción si el inferior actuase, como dijera la Corte de distrito de Jerusalem, al fallar en el caso Eichmann, "...con convicción interna, de todo corazón y gustoso..." (confr. "The Law of War, A Documentary Story, Edited by Leon Friedman, Rondon House, New York, pág. 1684).

Por último, los autores que entienden que la obediencia debida comprende un supuesto de error, posición mayoritaria en la doctrina, obviamente limitan la operatividad de la causal a aquellos casos en los que el mandato no se revela ilegítimo de manera evidente; ello es así pues, si bien el superior no tiene competencia para ordenar la comisión de un ilícito, ni el inferior para cometerlo, "...cuando la incompetencia no sea manifiesta, debe admitirse la eximente en favor del subordinado que obra de buena fe" (confr. Luis Jiménez de Asúa "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1962, T. VI, pág. 827). En igual sentido, (confr. Carrara, "Programa de Derecho Criminal, Parte General", Vol. I, paráf. 316, pág. 214, Ed. Temis, Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1977; Octavio González Roura, "Derecho Penal Parte General", Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1922, T. II, págs. 48 y ss.; Raúl A. Ramayo, "La obediencia debida en el Código de Justicia Militar", Boletín Jurídico Militar nº 14, 1972, pág. 9 y "La obediencia debida como causal de inculpabilidad", La Ley, T. 115, pág. 1092, entre muchos otros).

45) Que la breve reseña efectuada en el considerando anterior, evidencia que la discusión doctrinaria se vincula con la determinación del lugar sistemático que a la obediencia debida corresponde otorgar en la teoría del delito. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la existencia de los límites dentro de los cuales es admisible la operatividad de la eximente, pues en tal sentido puede afirmarse sin hesitación alguna que, cuando se está en presencia de delitos como los cometidos por el recurrente, la gravedad y manifiesta ilegalidad de tales hechos determinan que, como lo demuestran los antecedentes históricos a los que se hiciera referencia anteriormente, resulte absolutamente incompatible con los más elementales principios ético-jurídicos sostener que en virtud de la obediencia debida se excluya la antijuridicidad de la conducta, o bien el reproche penal por el ilícito cometido.

46) Que, por otra parte, sólo a partir del reconocimiento de tales límites de la causal en estudio, es posible interpretar racionalmente el art. 514 del C.J.M. de modo tal que esa norma se ajuste además a las disposiciones establecidas en nuestra Constitución Nacional.

En efecto, sólo una interpretación irrazonable y meramente gramatical del art. 514 del código castrense puede conducir a afirmar que conforme a esa norma el inferior será responsable únicamente cuando, además de dar cumplimiento al mandato ilícito, se “exceda”, esto es, lleve a cabo otro delito no comprendido en el marco de la orden.

Adviértase que tal sentido del término “exceso” sólo podría sostenerse si se acepta que la norma en cuestión consagra la responsabilidad objetiva de quien emitió la orden, quebrantando el principio de culpabilidad que, como lo ha reconocido este Tribunal, consagra el art. 18 de la Constitución Nacional (confr. Fallos: 194:386; 293:157 y 592; 303:267; entre muchos otros); de otro modo no se podría explicar por qué el superior sería responsable de un hecho no ordenado por él. Al respecto señalaba Carlos Tejedor: “¿Cómo imputar al mandante un hecho que no ha querido?... Los antiguos distinguían si el mandante podía prever el acontecimiento, si éste era la consecuencia probable de la comisión, se le consideraba autor. Pero en caso contrario, o si era nuevo el delito ejecutado, el mandante no respondía sino de la comisión” (confr. “Curso de Derecho Criminal”, Segunda Edición, Buenos Aires, 1871, pág. 32). Cabe aclarar además, que si el ilícito no ordenado se encontrara alcanzado por el dolo eventual de quien emitió el mandato, entonces ya no sería posible hablar de “exceso”, por parte del ejecutor, de otro modo se llegaría al absurdo de afirmar que la expresión “exceso” está empleada para referirse a un dolo directo del ejecutor alcanzado por el dolo eventual del superior.

47) Que, tales razones demuestran que el giro “...se hubiere excedido en el cumplimiento...”, utilizado en el art. 514 del Código de Justicia Militar, sólo puede referirse, como ya se dijera en el considerando 44, a un exceso respecto de los límites de la eximente de la obediencia debida. Ello, por otra parte, se concilia con los antecedentes legislativos de la norma en examen.

En efecto, el art. 6º, del Código Penal Militar de 1985, establecía en su inciso 1º la imposición de las penas de la complicidad al inferior “cuando se haya excedido en la ejecución de la orden que le

fue dada”, y en su inciso 2º, “cuando haya firmado, transmitido o ejecutado la orden de su superior que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar”. A su vez, el texto de esa norma es del mismo tenor que el del art. 47 del Código Penal Militar Alemán de 1872, transcrito en el considerando 35, que imponía a los subordinados la pena correspondiente al partícipe, cuando se hubiese “...excedido en la orden” (inc. 1º), o bien cuando “...sabía que la orden del superior jerárquico concernía a una acción que tenga por objeto la realización de un crimen o delito común o militar” (inc. 2º).

Al comentar el párrafo citado, los autores alemanes afirmaban que el inciso 1º constituía una disposición superflua, pues en caso de referirse a un hecho distinto del ordenado por el superior ninguna relación existiría con el problema de la obediencia debida (v. *Handbuch der Gesetzgebung in Preussen und dem Deutschen Reiche*, Tomo II, *Militär Strafrecht, Heer und Kriegsflotte*, por el Dr. Julio M. Schlayer, Berlín, 1904, p. 27 y sigs.; *Militär Strafrecht Für Heer und Marine des Deutschen Reichs*, de Kurt Essner von Gronow y Georg Sohl, Berlín, 1906, págs. 52 y sigs., *Lehrbuch des Deutschen Militär Strafrechts*, de Karl Hecker, Stuttgart, 1887, págs. 89 y sigs.; *Militär Strafgesetzbuch Für das Deutsche Reich*, de Paul Herz y Georg Ernst, Berlín, 1908, págs. 85 y sigs.).

Por ello, y lo precedentemente expuesto, una interpretación literal del art. 514 del Código de Justicia Militar, haría incompatible a dicha norma con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías establecidos en nuestra Carta Magna.

En tal sentido, ha dicho esta Corte Suprema que, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. Esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonada y sistemática así lo requiere (confr. Fallos: 281:146 y 170; 283:239; 291:181; 293:528; 300:417; 301:489).

48) Que, cabe ahora detenerse en el examen de otras normas del

Código de Justicia Militar que se hallan vinculadas directamente con el tema en análisis.

En primer término corresponde señalar que lleva razón el *a quo* cuando afirma que la exclusión de la "*remonstratio*" en el art. 675 no conduce a sostener que frente a una orden de evidente ilicitud, el subordinado esté obligado a cumplirla.

Ello es así, pues la no suspensión del cumplimiento del mandato que esa norma dispone, se refiere a aquellos supuestos en los cuales el subordinado tenga dudas acerca de la legitimidad del contenido de la orden. En tal hipótesis, el inferior no está dispensado de obedecer, y si por la ejecución de la orden se cometiere un delito, el único responsable será el superior, pues la conducta del subordinado quedará amparada por la eximente de obediencia debida.

Por el contrario, ante una orden de contenido ilícito evidente, el inferior deberá, para no ser responsable conjuntamente con el superior por el ilícito cometido, desobedecer el mandato. En tal supuesto, si bien la conducta del inferior incurrirá en el tipo penal contenido en el art. 674 del código castrense, la expresión "sin causa justificada", que la citada norma contiene, al hacer referencia a un especial elemento de la antijuridicidad determina que frente a una orden manifiestamente ilícita, la acción típica quedará justificada.

Asimismo, dado que el tipo penal del art. 677 contiene todos los elementos del supuesto de hecho del art. 674, más aquél que demuestra un fundamento especial de lo ilícito, la resistencia ostensible o expresa ante el superior, que transforma a la desobediencia en más grave desde el punto de vista ético-social, resulta indudable que entre la mera desobediencia y la desobediencia calificada (insubordinación), existe una relación de especialidad, en la que la realización del tipo especial —insubordinación— no es sino una forma específica de realización del tipo básico—desobediencia—. Por ello, el elemento especial de la antijuridicidad contemplado en el tipo básico, obviamente es aplicable en el caso de la agravante, pese a no encontrarse expresamente mencionado, pues su aplicación surge de los criterios generales.

Por otra parte, respecto del art. 187 del C.J.M., conviene aclarar que, conforme con lo dicho hasta aquí, en virtud de que un mandato

de manifiesta ilegitimidad no genera el deber de obedecer, el inferior que reciba una orden de tales características debe, en primer lugar, desobedecer el mandato, con las consecuencias señaladas anteriormente —su conducta estará justificada— y, como cualquier otro funcionario público, deberá además denunciar el hecho para no incurrir en “encubrimiento”. No se trata pues de la obligación de denunciar los propios actos, que quebrantaría el principio constitucional según el cual, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la Constitución Nacional).

En cuanto al giro “...el superior de quien dependen...”, utilizado en el art. 187, es evidente que no indica que el subordinado deba radicar la denuncia ante el emisor de la orden ilícita, sino ante el superior jerárquico del cual dependen tanto aquel que emite el mandato como el subordinado que lo recibe.

Por último, resulta inobjetable la interpretación efectuada por los jueces de grado respecto del art. 516, en el sentido de que la atenuante de pena allí establecida encuentra su fundamento en que el abuso del superior motiva la reacción del subordinado que, en virtud de esa provocación insuficiente, posee un menor contenido de injusto que da lugar a la atenuante, sin que exista relación alguna entre esa sanción y la supuesta emisión de una orden ilegal.

Ello se encuentra corroborado, como bien señala el *a quo*, en la circunstancia de que aquella norma contiene sólo ofensas, sea de hecho o de palabra, a la persona del superior, sin que pueda explicarse, si la razón de la atenuante fuera la ilicitud del mandato, la ausencia de la desobediencia en la enumeración que el citado artículo 516 contiene.

49) Que la interpretación efectuada en los considerandos anteriores, en el sentido de que, conforme al ordenamiento jurídico militar de nuestro país, las órdenes de contenido ilícito manifiesto no poseen carácter vinculante para el subordinado, que en caso de ejecutarlas no quedará amparado por la eximente de la obediencia debida, ha sido la que tradicionalmente sostuvieron nuestros tribunales castrenses.

En efecto, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas ha establecido que la potestad de mando y el deber de obedecer no están

atribuidos en forma discrecional, pues la primera ni se otorga a la voluntad omnímoda del que manda ni en obsequio a su persona, sino en bien del servicio, y correlativamente, el segundo no se cumple fuera de la órbita del derecho y del deber militar, única forma entonces para que ambos elementos, poder de mando y obediencia, puedan armónicamente complementarse sin lesionar el interés público y social, fin superior de todo servicio público (confr. Boletín Jurídico Militar, Tomo I, pág. 77, n° 264).

Asimismo, los límites dentro de los cuales la obediencia debida funciona impidiendo el reproche penal del subordinado, fueron establecidos con meridiana claridad en la sentencia dictada por el Consejo de Jefes y Oficiales el 16 de octubre de 1923, al establecer que el accionar del imputado, consistente en haber efectuado con su firma falsas certificaciones, no constituía delito "...en razón de haber procedido el acusado en cumplimiento estricto de órdenes emanadas de su superior inmediato, *órdenes que el acusado ha podido razonablemente considerar encuadradas dentro de la más absoluta legalidad...*" (v. Boletín Jurídico Militar, N° I, enero-junio de 1953, pág. 76, n° 260).

50) Que, en razón de todo lo expuesto, resulta equivocado afirmar que el art. 11 de la ley 23.049 agravó retroactivamente la situación de los procesados, al prescribir que los jueces no podían considerar alcanzados por la excusa de la obediencia a la comisión de hechos atroces o aberrantes. Esa era la conclusión que ya imponía el texto del art. 514 del Código de Justicia militar, cuya correcta y sana interpretación hace inadmisibles considerar alcanzado por la eximente al subordinado que hubiera cumplido hechos manifiestamente antijurídicos y de grave contenido de injusto, categoría respecto de la cual los hechos atroces y aberrantes sólo constituyen una especie.

Esta coincidencia de efectos para el caso concreto torna innecesario discutir la constitucionalidad de la ley n° 23.049, en tanto también ella pretendió en su origen condicionar la interpretación judicial de los hechos cometidos exclusivamente en el pasado, sin modificar el alcance del deber de obediencia, ni establecer reglas presuncionales para el futuro.

Por ello, y oído el señor Procurador General.

1º) Se rechazan los recursos directos interpuestos, con excepción del promovido por el procesado Ovidio Pablo Riccheri, a quien se absuelve —así como el procesado Miguel Osvaldo Etchecolatz— del delito de imposición de torturas en perjuicio de Alfredo Moyano —caso 105— y de Erlinda María Vázquez Santos —caso 130— sin modificar, empero, la pena que les fuera impuesta por el *a quo* (art. 16, segunda parte, de la ley 48) (considerando 22). Con costas en la medida en que los recursos no progresaron.

2º) Se confirma la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recursos extraordinarios estimados procedentes, declarándose la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 23.521. Con costas. Notifíquese y devuélvase a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.

3º) Se tiene por desistido el recurso interpuesto por la Fiscalía de Cámaras respecto de la absolución del procesado Norberto Cozzani por el robo calificado que fuera imputado en el caso nº 267.

JORGE ANTONIO BACQUÉ.

En consecuencia de la deliberación que antecede el Tribunal resuelve:

1º) Se rechazan los planteos de inconstitucionalidad de la ley 23.521 efectuados por los representantes de los particulares damnificados.

2º) Se declara que la ley 23.521 comprende a los imputados Etchecolatz, Bergés y Cozzani, a quienes se absuelve disponiendo su inmediata libertad, a cuyo fin se oficiará al señor Ministro de Defensa.

3º) Se desestima el recurso directo interpuesto por el Ministerio Público respecto del acusado Alberto Rousse —caso 257— y se tiene por desistido el que dicho ministerio dedujo respecto del acusado Norberto Cozzani —caso 267—.

4º) Se desestiman las quejas deducidas por los particulares damnificados.

5º) Se confirma la sentencia recurrida en cuanto declara la constitucionalidad de la ley 23.040.

6º) Se desestiman las quejas deducidas por los defensores de los acusados Ramón Juan Alberto Camps y Ovidio Pablo Riccheri, con excepción respecto de este último del delito de imposición de tormento en perjuicio de Alfredo Moyano —caso 105— y Erlinda María Vázquez Santos —caso 130—, en lo cual se hace lugar a la queja y se revoca la sentencia apelada, modificándose la pena impuesta, la que se reduce a ocho años de reclusión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y accesoria de destitución.

Agréguese copia de la parte resolutive de la presente a cada una de las quejas que corren por cuerda.

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR
 BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*por su voto*)
 ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JORGE ANTONIO BACQUÉ (*en disidencia total con los puntos 1º, 2º y 5º de la resolución y en disidencia parcial con el punto 4º*).

CONVAK S.R.L. v. THE FIRST NATIONAL BANK OF BOSTON

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó a la restitución de intereses abonados en demasía por haber incurrido la demandada en anatocismo, apartándose de los términos en que fue trabada la litis, ya que la actora no sólo no reclamó dicha restitución, sino que expresamente admitió no haber solventado dicho rubro. Al ser así, aún cuando se considere que la obligación de restituir intereses de este tipo es de orden público, mal puede repetirse aquello que no fue pagado previamente (1).

(1) 23 de junio.