

## Confirmación de la Corte Suprema

### Extracto

Juicio a las Juntas Militares. Año 1985

Considerando:...

2) Que los procesados Videla, Massera, Agosti y Viola plantean la inconstitucionalidad de la ley 23.040 pues entienden que lesiona el principio de irretroactividad de la ley penal al derogar por inconstitucional y anular la ley del gobierno de facto 22.924, que amnistiaba hechos de la índole de los que constituyen el objeto de esta causa. Sus defensores sostienen, en tal sentido, que la última de las leyes citadas debe aplicarse ultra activamente por ser más benigna, ya que en caso contrario se violaría el art. 18 de la Constitución Nacional. Los recurrentes también arguyen que el art. 22 de la ley 23.040 desconoce la autoridad de la cosa juzgada y, finalmente se agravan por entender que el Congreso Nacional carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y proceder a su anulación. Esgrimen en este punto que, al dictar la ley 23.040, el Poder Legislativo ha invadido la esfera del Poder Judicial, vulnerando los arts. 18, 67 y 100 de la ley fundamental...

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

lo hace el dictamen del Procurador General--que tanto ella como la regla del art 2 de la ley 23.040 apuntan a significar que la derogación que se efectuó tiene efecto retroactivo, lo que, vinculado a las pautas de eficacia de las normas en el tiempo según el art. 3 del Cód. Civil, resulta válido y no permite inferir que haya existido una inadmisble intromisión en facultades propias del Poder Judicial, en tanto el Congreso efectuó una valoración pormenorizada de las circunstancias en que se dictó la norma de facto, y buscó privarla de toda eficacia. Tal conclusión es irrevisable porque el principio de la ley penal más benigna (art. 2 del Cód. Penal) no representa una garantía constitucional, sino sólo un criterio del legislador en cuanto a la configuración de derechos subjetivos concretos que está a su cargo mantener o derogar (art. 67, inc. 11. Constitución). Por lo demás, este criterio ha fundamentado otras leyes y decisiones de la Corte Suprema, en cuanto a que, cuando se trata de situaciones extraordinarias, temporarias y concluidas--como las aquí juzgadas--es válido para el legislador apartarse de los principios generales del Código Penal relativos a la validez temporal de las leyes (Fallos, t. 211, p. 1657; t. 293, p. 522 - Rev. La Ley, t. 52, p. 434, 1976--C, p. 422, fallo 33.613--S--)...

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

8) Que, en este sentido, la ley de facto 22.924 es el resultado del abuso del poder, porque no sólo se aparta del art 67, inc. 11 de la Constitución Nacional--que autoriza

únicamente al Congreso para dictar la ley penal--sino que también contraría las exigencias del art. 1 de la ley fundamental en punto a la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de los poderes, garantizadas al culminar el art. 29 con la nulidad de aquellos actos que importen conferir a los gobernantes la suma del poder público.

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

superior, de manera que es él quien debe vigilar su ejecución por el inferior, para así cumplimentar y garantizar aquello que el mismo superior está obligado a hacer por mandato de la ley y de la situación. Es por eso que el superior debe controlar el cumplimiento y responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar. De donde surge que, sea la orden legítima o ilegítima, siempre deba tener una estructura limitada a lo que es propio o corriente de su función.

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

16) Que, sobre este particular, merece destacarse que el examen de los antecedentes del Código Penal Militar alemán a partir de 1873 que ha efectuado la Cámara no cuenta hoy en ese país con el respaldo interpretativo que realizó dicho tribunal. Jescheck ("Tratado de derecho penal", parte general, t. II, p. 906, traducción de Puig y Muñoz Conde, 1981) ha afirmado que resulta excluida la culpabilidad del soldado que cometió un delito grave o menos grave por virtud de una orden, si no ha advertido ni podría advertir la antijuridicidad penal del hecho (conforme al parág. 33 del Código Penal Militar alemán). El superior será, entonces, autor mediato, pero si el subordinado actúa, por el contrario, culpablemente, él será autor, aunque mediante el parág. 33, 5, II de ese Código, pueda aplicarse una atenuación de la pena o, incluso, su dispensa por escasa

culpabilidad. Para este autor, pues, "el superior será castigado como inductor" según el parág. 33 citado. A ello ha agregado -con cita de otros autores, que estima equivocados- el fallo del Tribunal Superior Federal que considera al soldado plenamente responsable como mero cómplice en el orden militar. Estas contradicciones revelan así las limitaciones a las que los tribunales nacionales está sometidos cuando se trata de interpretar el art. 514 del Cód. de Justicia Militar, que procede de la legislación castrense alemana. Y permiten inferir, finalmente, que la fundamentación dada en la mencionada norma para hechos de la naturaleza y características de los aquí investigados, ha resultado ser una interpretación que está fuera de contexto en el que, para asegurar la disciplina y el deber, ha sido dictado tal artículo.

17) Que, como consecuencia de lo expuesto, el tribunal entiende que el art 514 del Cód. de Justicia Militar tiene en tiempo de paz--como era en el sub examine--una aplicación limitada al campo de la jurisdicción militar en el marco de las órdenes del servicio, con excepciones que justifican la desobediencia o la atenuación de la insubordinación, cuando ellas impliquen la reacción ante un abuso de las permitidas al superior, pero no frente al abuso arbitrario, atento a lo dispuesto por el art. 187 que establece la obligación de denunciar la perpetración de delitos sujetos a la jurisdicción de los tribunales castrenses, bajo la sanción de cometer el delito de encubrimiento. Por ello es que resulta evidente que por remisión a través del art. 513 del Cód. de Justicia Militar, debieron tenerse en cuenta las reglas de la participación que fija el art. 45 del Cód. Penal para el juzgamiento de hechos ilícitos ajenos a la función castrense, cometidos por personal militar en tiempo de paz, como son lo que constituyen el objeto de este proceso. Lo expuesto permite afirmar que aquella inteligencia realizada por el a quo aplicando forzada y analógicamente el art. 514 y declarando a los acusados autores mediatos de esos delitos--ha configurado una interpretación extensiva efectuada en perjuicio de los encartados, y les ha atribuido un grado de participación más plena agravando su situación, lo que está vedado por el principio constitucional de legalidad del régimen penal. En efecto, son conceptos indudablemente recibidos por el art. 18 de la Constitución Nacional, que el derecho represivo --en cualquiera de sus ramas-- constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera por la naturaleza de los objetos jurídicos de que se trata, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las

figuras creadas por la ley...

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

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

20) Que es oportuno destacar que la doctrina científica en el derecho comparado, no ha aceptado--en la legislación penal común--que el criterio del dominio del hecho sea decisivo para distinguir el concepto de autor del de partícipe. En España, como en Italia y en Francia, la postura que prevalece es la formal objetiva (Gimbernat Ordeig, "Introducción a la parte general del derecho penal", Madrid, 1979; Mantovani, "Derecho penal", 1979, p. 462; Bouzart, "Derecho penal y criminología", 1970; Garraud y Roux,

citados por Garçon, Rousselet, Patin y Ancel en su "Código Penal anotado", Paris, 1956), que define al autor como aquel que realiza todos los hechos que la consumación del tipo exige, ejecutándolo o interviniendo en su ejecución, vale decir, el que pone en obra la acción u omisión definida por la ley, de manera que cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría. Por su parte, el Tribunal Supremo de España, al aplicar el art. 14, inc. 19, de su Código Penal--de redacción similar a nuestro art. 45--; la Corte de Casación italiana, en cuanto a los arts. 110 y 111; y la Corte de Casación francesa, con respecto a los arts. 59 y 60 de sus respectivos ordenamientos represivos, ha rechazado enérgicamente la necesidad de fundamentar en el principio del dominio del hecho la distinción entre autor y cómplice o partícipe distinto del autor, aun cuando, con argumentos diversos, consideran ciertas excepciones en punto a la obediencia debida en el orden militar, con un contenido muy limitado en cuanto a las infracciones que pueden ser objeto del traslado de la responsabilidad del superior. En Alemania, su país de origen, la doctrina del dominio del hecho recibió serias objeciones (Baumman, "Derecho penal, parte general", ps. 96 y 109, Buenos Aires, 1973), tanto en relación con el texto anterior, como con el que adoptó el parág. 25 de la nueva redacción de 1975 (Baumann, "Derecho penal, parte general", Ed. Bielefeld. 1975), que define expresamente al autor estableciendo que: "Será castigado como autor quien cometa el hecho por sí mismo o sirviéndose de otro"; y aún con esta nueva legislación y el Tribunal Supremo alemán sólo la ha aplicado muy limitadamente, en el supuesto de tráfico de divisas, descartándola al juzgar a quien mató a un hombre por su propia mano por considerarlo autor, aunque lo hubiera hecho bajo el influjo y en presencia de otra persona y únicamente en interés de esta. Es que en esta nación siempre dominó la teoría subjetiva de la participación, aún en los supuestos de la delincuencia nacional-socialista, en los cuales los tribunales se resistieron a "...estimar autoría cuando los ejecutores se encuentran en la esfera de poder del que imparte la orden..." inclinándose, en cambio, a la complicidad en base a la teoría subjetiva de la participación (Jescheck, "Tratado de derecho penal, parte general", Traducción de Mir Puig, Barcelona, 1978, Mir Puig y Muñoz Conde, "Adiciones de derecho penal español", vol II, Barcelona, 1981).

21) Que este tratadista alemán ha reconocido tales limitaciones en la admisión de la teoría del dominio del hecho, y sólo la acepta con relación a la ciencia penal, admitiéndola únicamente en ese aspecto (obra citada, vol II, ps. 898 y sigs); pues

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

22) Que el breve examen efectuado de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado revela las limitaciones de la teoría dominante en Alemania, que aprecia la cooperación necesaria como forma de autoría -por exigencia de su legislación- no obstante lo cual termina por reconocer que la inmediata realización del tipo implica la presunción irrefutable del dominio del hecho, aun en los supuestos de coautoría, a la cual amplía con la cooperación necesaria en los casos de "división de funciones", siempre que no se trate de hechos preparatorios y respetando las limitaciones establecidas para la autoría mediata. Solo una minoría numérica de autores alemanes, que no encuentran correspondencia destacada en la jurisprudencia del Tribunal Federal



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

23) Que asimismo, esta corriente del "dominio del hecho"--expresión sobre la que no se ha llegado a un concepto sino a meras descripciones aproximativas, y que en orden a la participación mediante aparatos de poder organizados, no ha sido mencionada en absoluto por la ciencia y la jurisprudencia--(Roxin, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, año VIII, julio/set. 1985, N 31, ps. 400 y sigs), reconoce que la inmediata realización del tipo implica la calidad de autor inmediato, que coexiste con la de autor mediato; con lo que produce no sólo la inconsecuencia metodológica resultante de que el autor inmediato goza de la presunción irrefutable de su dominio sobre el hecho, sino también la conclusión de que el autor mediato pasa a convertirse en un autor por extensión, sin haber realizado acciones típicas. En estas condiciones, si lo determinante de la autoría delictiva no es la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquellos, la legalidad de los delitos y de las penas, la "ley previa", queda sin fundamento, y así se lesiona el principio que garantiza el art. 18 de la Constitución

Nacional. Por ello es que, en las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del art. 45 del Cód. Penal, porque éstos están en el campo de la ejecución en cuanto al principio de ejecución (art 43, Cód. Penal) y consumación (art. 45) (Núñez, "Manual de derecho penal", ps. 300 y sigs., 3 ed., Ed. Lerner, 1984). No debe olvidarse que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que "los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido o proceso civil o militar o eliminado físicamente" con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del "aparato de poder" de Roxin.

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

Cód. Penal, que coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, y denomina cómplices a los que realicen cualquier otra acción previa o concomitante fuera del marco de la ejecución. Frente al criterio legal, que define a la autoría o a la coautoría bajo la exigencia de "tomar parte en la ejecución del hecho", cualquier otra intervención vinculada a la realización del delito importa una cooperación, un auxilio o una ayuda.

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

28) Que de conformidad con lo expresado precedentemente y teniendo en cuenta los hechos que la Cámara ha dado por probados con arreglo a las diligencias realizadas, cabe concluir en que al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su

impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho; es decir, que en "iter criminis", su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendido que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso esta es ajena a la realización de la acción típica como ejecución. Por lo que corresponde modificar la calificación efectuada.

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

30) Que el Ministerio Público se agravia porque el a quo declaró prescripta la acción penal en los delitos de privación ilegal de la libertad que se atribuían al procesado Agosti, por cuanto el sentenciante entendió que había transcurrido el máximo de la pena establecida para el delito, desde el mes de mayo de 1978--fecha de la destrucción del centro de detención clandestino denominado Mansión Seré, que dependía de la Fuerza Aérea--hasta el día en que el encausado prestó declaración indagatoria, 2 de agosto de 1984. Afirma la Fiscalía que la sentencia es arbitraria porque ha dado el mismo tratamiento a los casos de personas que recuperaron su libertad y a los casos de aquellas que, aún hoy, permanecen en calidad de desaparecidos, ignorándose su paradero. Expresa que en relación a estos últimos, dado el carácter de permanente de esos delitos,

es irrazonable sostener que su comisión haya cesado en alguna fecha precisa, que la Cámara fija, arbitrariamente, en el momento en que fue destruida la Mansión Seré. Estima que el "dies" a quo de la prescripción debió fijarse cuando Agosti dejó su cargo de Comandante en Jefe de la Fuerza, con lo que no habrían prescrito estos delitos. Finalmente los representantes del Ministerio Público se agravian en lo relativo al caso 486, ya que la prescripción decretado por el a quo--sobre la base de la entrega de la víctima a la Marina--resulta arbitraria en tanto desconoce, sin fundamento alguno, la complicidad en la permanencia del delito, materializada a través de la entrega

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

33) Que el procesado Agosti se agravia en cuanto la sentencia del tribunal do grado lo condena por la comisión de tres hechos ilícitos--casos 282, 284 y 286--, subsumidos en el tipo penal contenido en el art. 164 del Cód. de fondo. Se funda para ello en que en la oportunidad procesal correspondiente no fue interrogado concretamente por tales hechos, motivo por el cual, entiende, se ha obstado al ejercicio de la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art 18 de la Constitución Nacional. Subsidiariamente, afirma el recurrente que los jueces de la anterior instancia debieron declarar prescripta la acción penal en relación a esos delitos pues, conforme a la "teoría del paralelismo" seguida en el fallo recurrido, habría transcurrido el plazo máximo para que opere el mencionado impedimento de la persecución penal, según lo establecido en el inc. 22 del art. 62 del Cód. Penal...

36) Que, sin embargo, según lo tiene dicho el tribunal en supuestos excepcionales, el

agravio introducido sólo en el recurso federal, resulta atendible en la instancia extraordinaria cuando está dirigido a obtener la declaración de la prescripción penal, omitida en el pronunciamiento del a quo. Ello es así, en virtud de su carácter de orden público, motivo por el cual debe ser declarada de oficio, pues se produce de pleno derecho por mero transcurso del plazo pertinente.

37) Que, en consecuencia, corresponde aceptar la procedencia del recurso y hacer lugar al agravio sobre el punto, ya que además, aunque se trata de una materia ajena -como principio a la vía extraordinaria- el sentenciante ha caído en vicios que, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, descalifican el pronunciamiento. En efecto, si bien los robos imputados a Agosti se produjeron el 2 de junio de 1977, el 14 de noviembre del mismo año y el 24 de enero de 1978, y la comisión de los delitos de privación ilegal de la libertad y tormentos habría interrumpido la prescripción hasta mayo de 1978, fecha de destrucción del centro de detención clandestino "Mansión Seré"; a partir de ese momento la Cámara entendió que había renacido el curso de la prescripción (confr. consid. 30), de tal suerte que hasta el 2 de agosto de 1984, fecha en la que el encausado prestó declaración indagatoria, transcurrieron los 6 años que el art. 164 del Cód. Penal establece como máximo de la pena para el robo. sin embargo, Agosti fue condenado por esos hechos ilícitos contra la propiedad, y en virtud de que el a quo no suministró los fundamentos por los cuales consideró implícitamente que la acción habla prescripto, ni señaló por que razón no era aplicable el texto del art. 62, ni que existiera alguna causal interruptiva, ha omitido considerar una cuestión conducente para arribar a una solución diversa de la causa (Fallos, t. 305, ps. 1236. 2089); al tiempo que ha incurrido en autocontradicción, pues la circunstancias de hecho y de derecho que le permitieron declarar prescriptos y los delitos de privación ilegal de la libertad con-- igual pena máxima que los robos--eran aplicables a estos últimos (Fallos, t. 300. p. 681; t. 302, p. 1372 --Rep. La Ley, t. XLII, J-Z p. 2186, sum. 417--; causa: C. 336. XX., "Catone, Luis J. y otros s/Denuncia", fallada el 4 de julio de 1985). Corresponde pues revocar la condena en este aspecto, declarar prescripta la acción penal respecto de los robos referidos y absolver al encausado.

38) Que el procesado Viola afirma que la sentencia del a quo conculca la garantía constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio, en cuanto lo condena por las

privaciones ilegales de la libertad de Mario O. Romero --caso 330--y Guillermo R. Puerta--caso 533--hechos respecto de los que no mediara acusación fiscal en su contra. Según surge de la contestación de agravios de la Fiscalía de Cámara, obrante a fs. 30.597, los representantes del Ministerio Público no formularon acusación en esos casos. En el primero de ellos, por simple omisión y, en el restante, debido a que, a la fecha de asumir la comandancia de su fuerza el encausado, la detención de Guillermo Puerta se había legalizado. Ello sentado, y conforme a la doctrina del tribunal según la cual la garantía de la defensa en juicio comprende la oportunidad de toda persona sometido a proceso, de ser oída, de conocer los cargos que se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor (Fallos, t. 63, p. 102; t. 100, p. 408; t. 182, p. 502; t. 185, p. 242; t. 187, p. 627; t. 191, p. 85--Rev. La Ley, t. 17, p. 183, t. 16, p. 1012, Rep. La Ley, t. III, A-I, p. 775, sum. 21; Rev. La Ley, t. 24, p. 922--; y muchos otros), corresponde acoger favorablemente el agravio del apelante.

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

40) Que el Ministerio Público, por su parte, argumenta que en el caso 454--Menéndez--, la Cámara tuvo por probada la privación ilegítima de libertad por un lapso de 8 días, pese al carácter letal de la herida que sufría la víctima. Empero, prosigue, si el disparo

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

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

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



no era posible atribuir al Comandante de la Fuerza actuante en el homicidio agravado, aun a pesar de los serios indicios existentes que indicaban que esa muerte podría haber sido causada por sus captores. Ese pronunciamiento es razonable si se tiene en cuenta el sistema de valuación de la prueba adoptado por la Cámara -la sana crítica racional- que exige en el juzgador, al momento de dictar sentencia, la certeza en sus afirmaciones sobre los hechos. Así, las conclusiones fácticas a que arriba el a quo no aparecen como arbitrarias, tornando por ello improcedente el recurso, pues de otro modo, se reemplazaría en esta materia el criterio de los jueces de la causa por el de esta Corte, lo que resulta inadmisibile (Fallos, t. 303, p. 191 -Rep. La Ley, t. XLII, J-Z, 2137, sum. 20-)

43) Que, en cuanto a la tacha de arbitrariedad articulada, tanto por la defensa de Viola, como por el Ministerio Público, en lo referente a la circunstancias en que se produjeron la muerte de Fernando M. Menéndez (caso 454) ambos recursos resultan improcedentes. Está probado que el nombrado tuvo un enfrentamiento con fuerzas armadas, el día 7 de diciembre de 1978 y que en consecuencia recibió diversas heridas de bala, como así también que concluido el enfrentamiento, las Fuerzas actuantes lo retiraron del lugar y que, días después, entregaron su cuerpo sin vida a sus padres, mediante un procedimiento irregular. Igualmente, que la muerte se debió a heridas de armas de fuego, recibidas en la cabeza de la víctima, y que una de éstas fue producida desde una corta distancia. La discusión se ha centrado pues, en determinar cuál fue el momento en que Menéndez recibió los disparos mortales, y en sí su deceso se produjo al ser habido por sus perseguidores, o mientras se encontraba cautivo de éstos. En este sentido, la Cámara sostiene que no se ha probado que la muerte de Menéndez se produjera a causa de heridas que se le infieran durante el tiempo que permaneció clandestinamente en cautiverio, ni tampoco en qué condiciones físicas estaba al ser capturado, ni qué proximidad alcanzó el personal que lo perseguía. Ante estas probanzas, concluyo en que Menéndez se encontraba vivo al momento de la privación de la libertad, toda vez que no era posible afirmar que la muerte se hubiera producido como consecuencia de una acción sobreviniente al enfrentamiento. Ninguno de los otros elementos que la Cámara a quo valoró son suficientes para modificar aquellas conclusiones. En consecuencia, resulta razonable fehacientemente que Menéndez se encontraba muerto al momento de su aprehensión, sólo puede inferirse que a pesar de sus heridas, estaba vivo, y el hecho

encuadra entonces en la figura de privación ilegal de la libertad. Del examen precedente resulta que el a quo no ha omitido ponderar ninguna prueba incorporada al caso, de tal manera que la discrepancia entre el criterio del tribunal de grado y el que las partes estimen más adecuado para extraer conclusiones de esa misma prueba, no funda la procedencia del recurso extraordinario...

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

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

47) Que a raíz de la denegatoria del recurso extraordinario que interpusiera la Fiscalía contra la sentencia de la Cámara, el Ministerio Público dedujo el recurso directo, mantenido por el Procurador General, con relación a los siguientes puntos: a) Por discrepar con el criterio del a quo en cuanto condenó a los Comandantes Militares como autores mediatos descartando su responsabilidad como coautores, pues siendo integrantes de las Juntas Militares, aprobaron y mantuvieron un plan ilegal de operaciones en la lucha contra la subversión; b) Subsidiariamente, por no haber tratado

la responsabilidad que le cupo al Comandante en Jefe del Ejército como autor de todos los hechos probados, aun los cometidos por personal subordinado a los otros Comandantes, en razón de la responsabilidad primaria del Ejército en las operaciones; c) Por haber omitido analizar la participación criminal de cada uno de los Comandantes en los hechos cometidos por los subordinados de las otras Fuerzas, en virtud de la colaboración dispuesta entre sus subordinados; d) Por la arbitrariedad en el análisis realizado en relación al delito de encubrimiento que, según la Cámara, exige el conocimiento concreto de cada caso por parte de los acusados para tenerlo por acreditado; e) Por la arbitrariedad en la graduación de las penas a los procesados Agosti y Lambruschini.

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

49) Que sin perjuicio de señalar que en los considerandos anteriores se ha modificado el encuadramiento jurídico que la Cámara efectuara de la conducta atribuida a cada uno de los procesados, en cuanto al grado de su participación, declarándose, en cambio, partícipes necesarios de los hechos probados por la cooperación que prestaron para su comisión a sus respectivos subordinados; corresponde recordar que el a quo fijó la base fáctica teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes indicios: El aumento significativo del número de hechos a partir de marzo de 1976; la intervención de grupos de personas armadas en muchos casos con uniformes de las FF.AA. y utilizando vehículos afectados a la institución, uso de la noche y la uniformidad de los procedimientos; la existencia de

centros de detención que se mantuvieron totalmente ocultos tanto a la ciudadanía como a las autoridades judiciales y extranjeras. Operaciones éstas que por su modalidad y cantidad, sólo pudieron ser practicadas con la orden previa de cada uno de los Comandantes Militares. Y en este sentido, los elementos de juicio que surgen de la prueba que se ha recepcionado, contribuyen a fundar la afirmación de que cada uno de los jefes militares obró con autonomía en este campo, sin someterse a ninguna autoridad superior, pues, además, la alegada dependencia de los Comandos a la Junta Militar--argüida por la Fiscalía--no ha sido probada en el proceso, En efecto, se carece de toda prueba denominada directa--testimonial o documental--que así lo acredite y, como ya se ha expresado precedentemente, los indicios recogidos no apuntan a dar fundamento a la hipótesis del fiscal, sino, por el contrario, a confirmar que cada Comandante en Jefe actuó con independencia y fue soberano en sus decisiones. En consecuencia, habida cuenta de que los agravios reseñados remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho común, cabe concluir en lo improcedente del recurso, ya que no se advierte arbitrariedad en lo decidido acerca de la fijación de los hechos cumplidos a partir de las órdenes, instrucciones y ayuda material, de organización y de elementos efectuada...

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

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

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

de excepción (leyes de facto 21.256, 21.261, dec. 6/76, 21.269, dec. 10/76; 21.375; 21.322; 21270, 21271, etc.). El esquema de poder permitía el recambio y reciclaje de los elencos militares que operaban en la cúspide del poder con la regularidad con que se mueve el escalafón militar.

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

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

5) Que los estudios realizados sobre las Fuerzas Armadas argentinas ponen en evidencia el estrechamiento de las diferencias técnicas entre civiles y militares; su base igualitaria, reclutada en su mayoría dentro de los sectores de la clase media y su condición de creadora de una élite profesional; su operatividad dentro del marco estratégico norteamericano como dispositivo de seguridad interna, apto para la lucha contra la subversión castrocomunista; su carácter autoritario y conservador, inescindiblemente unido a la formación profesional. A medida que la Argentina se modernizó, su Ejército se profesionalizó. Ideó la modernización paradójicamente, no comprendió la consolidación de la democracia política, por la persistencia de valores oligárquicos, de tipo autoritario y tradicionalista. De ahí que la profesionalización culminó en la intervención militar, quebrando la espina dorsal del orden constitucional y legal. Esta intervención tuvo cierto sentido arbitral a partir de 1910. Se les pidió que garantizaran el proceso político y, finalmente, protagonizaron el proceso gubernamental. Los militares son guardianes profesionales del orden en su carácter de profesionales de la violencia. Del uso de la violencia en potencia o acto. Su participación política, el grado de su influencia en las fuentes o centros de poder y su gravitación en las decisiones políticas conlleva al conocimiento de su estructura, su organización interna, racionalidad jerárquica, status diferencial corporativo y su alienación de la sociedad global. En el Sexto Congreso Mundial de Sociología, Evian, septiembre de 1966, se presentaron treinta trabajos sobre el tema "El militar profesional y el militarismo", que brindan un

vasto panorama de las mutaciones producidas en el seno de las Fuerzas Armadas.

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

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

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



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

7) Con la asunción del Gobierno nacional por parte de las fuerzas armadas en la lucha contra la subversión se concibe una estrategia nacional contrasubversiva que abarca todos los ámbitos del quehacer nacional. Así, el 20 de abril de 1977, el Ejército dicta la directiva 504/77 (continuación de la ofensiva contra la subversión en el periodo 1977/78) donde reconoce que la delincuencia subversiva en el país habría sufrido un fuerte desgaste a partir de fines de 1975, por lo que la lucha debe orientarse hacia los sectores industrial, religioso y educacional, fijándose como operación primordial la depuración ideológica de dichos sectores sin perjuicio de continuar con la acción militar. Se produce así un gradual cambio de orientación en la lucha que resulta evidente en los lineamientos generales de la Directiva producida el 10 de mayo de 1978 por el jefe del Estado Mayor General del Ejército, en virtud de la delegación de facultades efectuada por el Comandante en Jefe por dec. del P.E.N. 2362 del 4 de octubre de 1976. Allí se afirma que al haberse producido por medio de la acción militar directa, el virtual aniquilamiento de las organizaciones subversivas, debe actuarse de acuerdo con la estrategia nacional contrasubversiva vigente, sobre las bases filosófico-ideológicas de la subversión, sobre las causales que esgrime y explota el oponente (frustraciones, contradicciones) y sobre los efectos traducidos en sus acciones armadas y de insurrección de masas, fijándose como objetivo la victoria política sobre la subversión. Esta alcanzará a través de la normalización de los ámbitos industrial, educacional, religioso y barrial y destruyendo los elementos residuales de aquella. El 18 de mayo de 1979, el Comandante General Roberto E. Viola suscribe la directiva 604 en la que se señala la contundente victoria militar armada, que 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. En ese sentido impone como misión a la Fuerza, el apoyo de las estrategias sectoriales implementadas por las autoridades, ya

sean nacionales, provinciales o municipales, para erradicar y neutralizar el accionar subversivo en todas sus manifestaciones para la normalización de los ámbitos. El citado apoyo en el sector económico laboral se materializará mediante el asesoramiento a las autoridades del área y acciones que promuevan por vía directa la erradicación de elementos subversivos dentro de las estructuras y empresas del estado, y por vía indirecta la neutralización de ese accionar en empresas privadas, como así también apoyando la erradicación de ideólogos, activistas y delincuentes subversivos de los cargos directivos de gremios, federaciones y sindicatos.

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

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

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

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

De lo expuesto puede inferirse que para fines de 1976 la lucha armada directa había

resultado exitosa, sin perjuicio de lo cual se emitieron las Directivas citadas para extender la lucha al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país.

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

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

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

La Junta Militar integrada por los Comandantes en Jefe de cada fuerza, erigida en órgano supremo, se reservó una amplia gama de funciones y atribuciones de gobierno, junto al ejercicio del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas, según se desprende del art. 1 y 2 del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional.

Sin perjuicio de ello, y a pesar que entre los objetivos básicos del proceso constaba expresamente la erradicación de la subversión, no se desprende de las actas de la Junta Militar agregadas a la causa que la conducción de las operaciones fuera ejercitada por ella. De ellas surge que el tema de la subversión fue tratado ocasionalmente, cuando su trascendencia y publicidad lo requerían, como por ejemplo en los casos Graiver y Timmerman (Rev, La Ley, t. 1978-C, p. 586) (Actas núms: 5, 19, 21, 23, 31 y 56, 98, 100 y 111 respectivamente); el estudio de una declaración sobre los desaparecidos (72); la política a seguir en materia de derechos humanos (100/103); la implicancia política

de la visita al país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (86) y la producción de un documento que incluyera la no revisión de los métodos empleados en la lucha contra la subversión.

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

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

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

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

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

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

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

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

10) Que ese método no convencional de lucha se utilizó a partir de 15 de enero de 1975 en el operativo independencia en acciones contra el E.R.P. y fue organizado sin autorización de Isabel Martínez de Perón. Contrariando las órdenes emanadas desde Buenos Aires, se elaboró un modelo de acción tomado de las experiencias proporcionadas por oficiales de la O.A.S. y las luchas de Vietnam y Argelia, de organización celular, con grupos de oficiales vestidos de civil y en coches de uso particular, con impunidad asegurada y aptos para dotar de mayor celeridad a las tareas de inteligencia y de contrainsurgencia que permitieron prescindir de la justicia, clasificar los prisioneros del E.R.P. según importancia y peligrosidad de modo que sólo llegaran al juez los inofensivos. Este tipo de acciones, cuando las Fuerzas Armadas asumieron el Poder del Estado fue adoptado por los respectivos comandantes objeto de órdenes verbales, conforme la prueba obrante en la sentencia del curso.

13) La declaración de insanablemente nula, contenida en el art 19 de la ley 23.040, expresa la voluntad del Congreso de utilizar el marco jurídico de nulidad de la llamada ley de pacificación nacional y no el de la inexistencia, porque el art. 29 de la Constitución Nacional declara insanablemente nulos los actos que puedan significar la

suma del poder público al atribuirse el Ejecutivo Nacional de facto, en ejercicio de facultades legislativas, facultades reservadas al Poder Judicial. En rigor se trata de una interpretación analógica, con miras a quitar a la amnistía dispuesta por el gobierno militar, todo efecto legal, por razones éticas derivadas de elementales principios de justicia que determinan que no pueden quedar impunes hechos aberrantes que desconocieron la dignidad humana; razones políticas vinculadas a la necesidad de discriminar entre las instituciones armadas en su conjunto y la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de sus hombres; y razones jurídicas que invalidan a la llamada ley de amnistía, tanto por su origen como por su oportunidad histórica y su finalidad...

#### **Disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué:**

4) Que, si bien esta Corte ha reconocido a los gobiernos de facto la facultad de dictar los actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines (Fallos, t. 238, p. 198; t. 279, p. 368--Rep. La Ley, t. XVIII, A-I, p. 199, sum. 394; Rev. La Ley, t. 144, p. 571, fallo 27.364-S-, entre otros), no puede sostenerse válidamente que la ley de facto 22.924 se haya mantenido dentro de ese límite. Por el contrario, esa norma no fue dictada en interés público o de terceros, sino que fue sancionada por el propio gobierno de fuerza, respecto de delitos que incluían, principalmente, a aquellos atribuibles a sus integrantes. En tal sentido, cabe recordar que el tribunal ha vedado al Congreso Nacional la posibilidad de dictar leyes de autoamnistía (Fallos, t. 234, y. 16; t. 247, p. 387--Rev. La Ley, t. 82, p. 225; t. 105, p. 161--), por tanto, dado que los órganos de facto no poseen mayores facultades que los de jure (Fallos, t. 169, p. 309), necesario es concluir que le son extensivas, al menos, iguales restricciones... 14) El principio general para estos delitos es la aplicación de las reglas que, sobre autoría y participación prevé el Cód. Penal (art. 513, Cód. de Justicia Militar) el artículo siguiente (514) establece una excepción cuando determina que si se cometiere un delito de ejecución de una orden del servicio, el único responsable será el superior que la haya impartido. No obstante, si el

inferior se excede en el cumplimiento de la orden o actúa con capacidad de decisión o, finalmente, cumple órdenes consistentes en la comisión de hechos atroces o aberrantes, se conviene también en responsable (arts. 514, última parte, Cód. de Justicia Militar y 11, ley 23.049). Un detenido análisis de la norma, cuya interpretación viene cuestionada a esta instancia, permite afirmar que la ley militar atribuye la responsabilidad a título de autor al superior que dio la orden. Ello así, toda vez que la ley considera responsable a quien emite la orden, exclusivamente en los supuestos en que el inferior pueda ampararse en la eximente prevista en el art. 34, inc. 5, del Código Penal y, juntamente con el subordinado, cuando éste no pueda esgrimir en su favor dicha causal de impunidad, por encontrarse en alguna de las hipótesis aludidas en el párrafo anterior.

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

15) Que, aún en el caso en que el ejecutor de un plan general sea plenamente responsable del delito cometido, el tribunal estima que la interpretación realizada en el punto por los jueces de grado permite una aplicación razonable de la norma federal "sub examine". Así se considera, pues aún en esta forma de realización de los hechos, los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la

autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así, toda vez que, otras de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos.

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

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

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

17) Que a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, esta Corte ha declarado uniformemente que es indispensable que la cuestión federal presente en la causa, se haya invocado por vía de acción o de excepción como punto comprendido en la controversia, pues sólo de esta manera queda introducida en el juicio y puede ser



materia de pronunciamiento (entre otros, Fallos, t. 151, p. 48; t. 275, p. 97; t. 276, p. 68; L 278, p. 35; t. 296, p. 124; t. 303, ps. 841 y 2091--Rep La Ley, t. XXXI, p. 1643, sum. 128; Rev. La Ley t. 141, p. 412; Rep. La Ley, t. XXXIX, J-Z, p. 1889, sum. 11; t. XLIII, J-Z, p. 2249, sum. 914--entre muchos otros). En tal sentido, debe tenerse presente el criterio según el cual no son atendibles en la instancia extraordinaria los agravios derivados tan solo de la conducta discrecional del recurrente, demostrativa de su falta de interés en el punto (doctrina de Fallos, t. 248, p. 664; t. 249. p.466; t. 267, p. 64; t.268, p. 102 y t. 290, p. 92, entre otros)...

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

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

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

37) Que si bien los hechos que constituyeron materia de acusación configurarían, además de la autoría mediata establecida, una recíproca participación de cada uno de los integrantes de las ex Juntas Militares en los delitos cometidos durante el periodo en que compartieron la comandancia de sus respectivas fuerzas, no resulta acertado sostener que la subsunción de tal complicidad en la autoría mediata, opere sólo respecto del procesado a quien se le atribuye el hecho, a título de autor. Tampoco lo es, por lo tanto, que descartada la autoría de los otros dos integrantes de la ex Junta de que se trate, recobre vigencia aquella supuesta responsabilidad como cómplices.

Ello así pues, como se afirma en el decisorio apelado, las contribuciones allí reseñadas

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

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

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

Enrique S. Petracchi.--Jorge A. Bacqué.