

DOCUMENTOS

"LEY DE LA OBEDIENCIA DEBIDA"

Disidencia del Dr. Jorge A. Bacqué, Ministro de la Corte Suprema de la República Argentina, en la causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina.

NOTA DEL CONSEJO EDITORIAL DE *DERECHO*

La democracia argentina y el enjuiciamiento del militarismo imputado de violación de derechos humanos ha concitado la atención jurídica no sólo de la gran nación hermana sino de las naciones que, aunque con democracia incipiente, desean consolidarla. Por eso se ha seguido muy de cerca el proceso del enjuiciamiento del militarismo en la Argentina y la crisis que ha llevado al Gobierno del Presidente Alfonsín a la promulgación de la Ley “del punto final”, primero, y a la de “la obediencia debida”, después.

Por eso la revista *Derecho* de esta Facultad de Derecho, publica el voto singular del Dr. Jorge A. Bacqué, Ministro de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

El Dr. Bacqué es un distinguido jurista, con una brillante trayectoria docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la que fue apartado en 1976. Con el retorno de la democracia en Argentina, asumió la Sindicatura del Banco Central de la República Argentina, en 1983, y, desde 1985, se desempeña como Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

En su voto singular, el Dr. Bacqué declaró la inconstitucionalidad de la Ley que ha venido en llamarse “de la obediencia debida” para exculpar o atenuar la responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas comprometidas en actos violatorios de los derechos humanos durante la represión del terrorismo —la llamada “guerra sucia”— en la Argentina, fundándose en que el Poder Legislativo asumía funciones judiciales y porque la institución de la amnistía está referida a las características de los delitos amnistiables y no a las cualidades personales de los imputados penalmente.

DERECHO se complace en publicar como primicia en nuestro medio el voto singular del Dr. Jorge A. Bacqué, y agradece al Dr. Fernando Vidal Ramírez, profesor de nuestra Facultad, el habernos facilitado el texto que publicamos.

Disidencia del Dr. Bacqué

Considerando:

1) 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 condena 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) (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), 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 noventa y cinco (95) 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, primero 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 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 Nº 157.

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.

3) 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 Mejjide, 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.

4) 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 solo susceptibles de aplicación en aquellos casos de procesados en juicios 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.

5) 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 le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o co-

mún 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, pág. 168/169, ed. 1973, Paris) 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 tener 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, 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. . .”

6) 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.

7) Que, dentro del mencionado sistema institucional, le corresponde al Poder Judicial de la Nación, “el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación (art. 100 de la Ley Fun-

damental) 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).

8) 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 objetivo 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 ciudadanos, 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 re-

gla 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 *Manuel de la Constitución Argentina* (ver en ese sentido, N° 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).

9) 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. 1°: “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 N° 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 ilustrado 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 que es 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 aun 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 la 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.

Y, 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 contrario, establecer una interpretación de la ley dudosa para la determinación de los casos que pudiesen aparecer en el futuro. Aquélla siempre es competente para cambiar una 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 sen-

tido, Willoughby, *The constitutional law of the United States*, Volumen III, parágrafo 1064, 2º 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 obscuro 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 que 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).

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 cumplen 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, den-

tro 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” preexistentes 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, pág. 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 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: 12:135). 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 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 N° 23.521, es contrario al principio de la división de poderes (arts. 1, 94, 95 y 100 de la Constitución Nacional), no menos que a la garantía del debido proceso que asegura la defensa en juicio de 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, 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 cuestión: “. . . 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 de 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: “. . . En 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 al 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), al carácter general que deben tener las leyes de esta clase “perdiendo de vista la identidad de las infracciones amnistiadas” (Fallos: 102:43).

14) Que, en consecuencia, si se parte del principio —pacífi-

camente 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 considerar, en primer lugar, 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 configura 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 han 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 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 arbitrariedad —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 8 de la sentencia recurrida cuando el a quo dió por probado que las personas detenidas ilegalmente estaban a cargo de personal poli-

cial. 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 N° 13, toda vez que las conclusiones a las que se arribara en aquéllas 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 Timerman, 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 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 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 médi-

co 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 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.

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 efecto, 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 él 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 acredita-

da 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 invalidar 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 fueron 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 Ricchieri 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 Nos. 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 Nos. 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 Dres. Petracchi y Bacqué). Todas las consideraciones precedentes en relación a los casos N° 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 interpues-

to por el señor Fiscal de Cámaras contra la sentencia del a quo en cuanto aquélla absolvió al imputado Rousse respecto de los tormentos que sufriera Lidia Papaleo (Caso N° 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 Nos. 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 1987 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 instaurada por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumpli-

miento 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 Dres. 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, los 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 “atroces 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 tormento (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 al 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 participando 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 ésto 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 XX 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, 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 anaqueles 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 técni-

ca, 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 respecto 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 que 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, concierne 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*, Millán, 1944, pág. 11/13), son muchísimos los textos, cuya redacción definitiva proviene del periodo post-clásico o 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, Decio, Accursio, Bártolo, Godofredo, 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., pág. 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 destes desfonrarse, o firiesse o matasse a otro, por madado de aquél en cuyo poder estuiesse, non se podría escusar de la pena, porque non es tenuada 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 mandó fazer. . .” (Ley 5a., Titl. XVI, 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., pág. 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, pág. 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 (1ra. parte, 2da. edición, Buenos Aires, 1871, pág. 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 sí, 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, pág. 547 y sigs., y cap. VI, N° 4, pág. 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, o un 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 ignoran-*

cia, el error y la obediencia debida en el pensamiento jurídico-penal español, en *La Ley*, Tomo 74, pág. 848, ver en especial pág. 858; Bettiol, 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 carecer de obligatoriedad lo que ellos prescriben. . .” (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, Nº 125 pág. 20).

En la misma línea, pero ya con referencia específica a la guerra, la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, Nº 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 veinte, 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 (art. 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, pág. 268/269 --el pasaje transcrito forma el párrafo final del número 281 de la obra de Chaveau Adophe y Faustin Helie, *Theorie du Code Penal*, 4a. edición, Tomo I, París, 1861, pág. 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 Heret y Georg Ernest, 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 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, 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 parágrafo 47. En esa ocasión se dijo que: “Si bien es cierto que puede ser arguido 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 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).

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 Nürnberg*

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 N° 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 procesos 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 substancialmente 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 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 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 defendista, según el cual Eichmann había actuado coaccionado por sus superio-

res. “. . . 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 en 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 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 transcriptos 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, 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 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 aquellas 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 descaba 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”, 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 (pág. 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. . . Aun 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 subordinado la penal 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 antijuricidad. . . 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, pág. 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).

37) Que las mismas ideas fueron sustentadas en los momentos iniciales de nuestra organización nacional, como lo revela el debate de la ley N° 1982 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, esta no perjudica al que los comete. Por consecuencia yo estaré contra esa pena: el 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 iudice*, ser transcripta también literalmente. . .” supongamos que un jefe de policía manda ser muerto a un ciudadano. Yo pregunto si los ejecutores de este 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 qué 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 (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 (pág. 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 á 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, sinó 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, sinó 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, sinó 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 dió 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 ac-

tos, 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 á 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 conspirado contra la naturaleza y fines de la institución a que pertenece. . .” (Obras Jurídicas del doctor José María Moreno, reunidas y publicadas por los Dres. 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 aún 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 párrafo 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, N° 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 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, 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 juricidad. 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 aún 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 la 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 Es-

tado 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 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 adolecan de cualquiera omisión”.

Un tercer proyecto creaba límites al de indemnidad. En efecto, se preveía que: “Art. 1º: Las ejecuciones a lanza o cuchillo practicadas en alzamientos, rebeliones, ú 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 ó 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).

Iguales consideraciones aparecen en Fallos: 254:432, considerando 3ro. (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 preten-

dido 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 aun cuando pueda escapar a la revisión jurisdiccional de esta Corte, sirve de pauta 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 Dr. 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 idio, y la violencia” (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, 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 po-

líticos, 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 de 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 cu-

bre 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 (conf. cons. 15 del voto de los Dres. 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 mandado 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 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 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 él 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. Hansheinrich Jeschke, *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*, Edi text by Leon Friedman, Rondon Rouse, 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. 327). 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* N° 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 necesidad 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 forma se ajusta 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 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 sinó 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 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 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, Militar Strafrecht, Heer und Kriegsflotte, por el Dr. Julio Schlayer, Berlín, 1904, p. 27 y sigs.; militar 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 establecidas 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 *et 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, 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 “... del superior de quien dependan...”, 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 dependan 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 encuadrada dentro de la más absoluta legalidad.* ..." (v. Boletín Jurídico Militar, N° I, Enero-Junio de 1953, pág. 76, N° 260. El subrayado se agrega).

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 de 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 Procurador General.

1) Se rechazan los recursos directos interpuestos, con excepción del promovido por el procesado Ovidio Pablo Riccheri, a quien se absuelve —así como al procesado Miguel Oswaldo Etchecholat— del delito de imposición de torturas en perjuicio de Alfredo Moyano —caso 185— y de Erlinda María Vásquez Santos —caso 180— 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.

2) 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 23521. Con costas. Notifíquese y devuélvase a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.