

S E X T O

Examen de las causas de justificación alegadas

1) Examinada la significación jurídica de las conductas por las que el Fiscal acusó (tipicidad), corresponde determinar si ellas constituyen injusto penal o si, por el contrario, los enjuiciados pueden ampararse en alguna causa de justificación que reste antijuricidad a su quehacer.

Toda consideración sobre este punto debe partir del reconocimiento de la situación política e institucional en que se insertó la acción de los procesados tendiente a reprimir el terrorismo subversivo en el país.

a.1) La situación preexistente al 24 de marzo de 1976.

Ya ha quedado suficientemente demostrado, al punto de caracterizarlo como un hecho notorio, que ese fenómeno delictivo asoló al país desde la década de 1960, generando un temor cada vez más creciente. en la población, al par que una grave preocupación en las autoridades.

También está fuera de discusión que a partir de la década de 1970 el terrorismo se agudizó en forma gravísima, lo que se manifestó a través de los métodos empleados por los insurgentes; por su cantidad; por su estructura militar; por su capacidad ofensiva; por su poder de fuego; por los recursos económicos con que contaban provenientes de la comisión de robos, secuestros extorsivos y variada gama de delitos económicos; por su infraestructura operativa y de comunicaciones; la organización celular que adoptaron como modo de lograr la impunidad; por el uso de la sorpresa en los atentados irracionalmente indiscriminados; la capacidad para interceptar medios masivos de comunicación; tomar dependencias policiales y asaltar unidades militares.

En suma, se tiene por acreditado que la subversión terrorista puso una condición sin la cual los hechos que hoy son objeto de juzgamiento posiblemente no se hubieran producido.

Además, el Tribunal también admite que esos episodios constituyeron una agresión contra la sociedad argentina y el Estado, emprendida sin derecho, y que éste debía reaccionar para evitar que su crecimiento pusiera en peligro la estabilidad de las instituciones asentadas en una filosofía cuya síntesis, imposible de mejorar, se halla expuesta en la Constitución Nacional.

La necesidad de reacción del Estado ante la situación descrita, se vincula con las medidas de que ha de valerse éste para la obtención de sus fines.

Señala Montesquieu que todos los estados tienen, en general, un mismo objeto que es el de conservarse, sin perjuicio de los objetos propios a cada uno ("El espíritu de las leyes", traducción de Nicolás Estevénez y Matilde Huici, Librería Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1951, p. 201) que, en nuestro caso, dimanar del Preámbulo de la Carta Fundamental.

Si la política es el arte de gobernar, dar leyes y reglamentos para mantener la tranquilidad y seguridad públicas, y conservar el orden y las buenas costumbres (Joaquín Escriche, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", Editorial Garnier Hnos., París, s/

fecha, pág. 1420) y la política criminal uno de sus más firmes instrumentos, consistente según Edmundo Mezger en el uso del derecho penal desde el punto de vista de una lucha eficaz contra el delito ("Política Criminale" en "Il pensiero giurídico penale", 1937, pág. 17 y ss.; citado por Luis Jiménez de Asúa, en su "Tratado de Derecho Penal", T. I, pág. 173, Editorial Losada, 3ra. edición, 1964), obviamente, es en dicha rama del ordenamiento, comprensiva del derecho de fondo y del de forma, donde se manifestó en gran medida la reacción estatal frente a aquel ataque.

a.2) La respuesta normativa en ese período.

Fue así que, a partir de 1970, los distintos gobiernos de la Nación Argentina dictaron diversas normas tendientes a hacer más efectiva la defensa del país contra el flagelo terrorista. Una referencia de ellas, hasta el 24 de marzo de 1976, en que se produjo la destitución del gobierno constitucional, puede verse en el capítulo respectivo de esta sentencia.

La mayor parte de estas disposiciones estuvieron enderezadas a reprimir, con rigor creciente, la actividad subversiva, salvo un momentáneo eclipse operado en el curso del año 1973. Durante éste, por razones políticas que no corresponde a esta Cámara juzgar, se dictó la ley de amnistía 20.508, en virtud de la cual obtuvieron su libertad un elevado número de delincuentes subversivos -condenados por una justicia que se mostró eficaz para elucidar gran cantidad de los crímenes por ellos perpetrados-, cuyos efectos, apreciados con perspectiva histórica, lejos estuvieron de ser pacificadores.

Resulta útil poner de relieve que durante ese lapso se dictó el decreto 261/75 que autorizó la intervención de las Fuerzas Armadas en la Provincia de Tucumán, y los decretos 2770, 2771 y 2772 (B.O. 4-XI-75) disponiendo la creación del Consejo de Seguridad Interna, el Consejo de Defensa y la intervención de las Fuerzas Armadas en la campaña contra la subversión en todo el país.

Asimismo, el Poder Ejecutivo envió al Congreso antes del 24 de marzo distintos proyectos tendientes a dotar al país de una legislación para hacer frente al creciente fenómeno subversivo, los que se mencionan en otro lugar.

b.1) El marco normativo a partir de marzo de 1976.

Tras el hecho de fuerza producido por los entonces Comandantes Generales de las FF.AA., éstas asumieron el gobierno de la República, a cuyo efecto constituyeron la Junta Militar que declaró caducos los mandatos del Presidente de la Nación Argentina y de los gobernadores y vicegobernadores de provincia; disolvió el Congreso de la Nación y removió a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, 24 de marzo de 1976, Boletín Oficial del 29 del mismo mes y año).

El propósito básico fijado por la Junta Militar fue el siguiente: "Restituir los valores esenciales que sirven de fundamento a la conducción integral del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, idoneidad y eficiencia imprescindible para reconstituir el contenido y la imagen de la Nación, erradicar la subversión y promover el desarrollo económico de la vida nacional basado en el equilibrio y participación responsable de los distintos sectores a fin de asegurar la posterior instauración de una democracia republicana, representativa y federal, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del pueblo argentino", (Acta

Fijando el Propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional" - Boletín Oficial 29-3-76).

A partir de ese episodio, hasta el año 1979 en que, conforme a la prueba incorporada a este juicio, la subversión fue derrotada, se dictaron diversas leyes sustantivas y adjetivas en materia penal.

Sin ser leyes, también tuvieron contenido punitivo otros actos emanados del gobierno nacido el 24 de marzo de 1976. Tales, las actas institucionales dictadas ese año.

Las citas precedentes revelan las amplias facultades que la Junta Militar se había atribuido a sí misma y a las autoridades por ella designadas.

b.1.1) El Código de Justicia Militar: disposiciones especialmente previstas para situaciones de emergencia.

Es necesario señalar que tanto en este último período como en el anterior, estuvo en vigencia el Código de Justicia Militar sancionado en 1951 (ley 14.029) El contiene distintas reglas que pueden citarse a los fines de este capítulo. El artículo 110 determina que en tiempo de guerra la jurisdicción militar es extensiva a los particulares o personas extrañas a las instituciones armadas que en las zonas de operaciones o zonas de guerra cometieren cualquiera de los delitos previstos en el Tratado III del código o cualquier hecho que los bandos de los comandantes respectivos sancionaren. Los comandantes en jefe de las fuerzas militares en campaña -que tienen respecto de los elementos a sus órdenes las facultades disciplinarias del Presidente de la Nación- pueden hacer promulgar los bandos que creyeren convenientes para la seguridad y disciplina de las tropas, y ellos obligarán a cuantas personas sigan a las fuerzas militares, sin excepción de clase, estado, condición o sexo (arts. 124 y 125). Durante el estado de guerra, en las zonas de operaciones y zonas de guerra, podrán dictarse bandos destinados a proveer a la seguridad de las tropas y materiales, al mejor éxito de las operaciones, y a establecer la policía en dichas zonas (art. 131). El art. 133 acordaba, hasta su derogación por la ley 23.049, la misma facultad a la autoridad militar que se viera obligada a asumir transitoriamente el gobierno de un lugar por impotencia de sus autoridades, a fin de mantener el orden público e impedir el saqueo, violación, incendio u otros estragos.

Con respecto a los bandos se expresa que obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en las zonas fijadas en ellos, sin excepción de nacionalidad, clase, estado, condición o sexo (art. 134) y que, cuando prevean delitos o faltas, serán publicados en los diarios y en carteles que serán fijados en los sitios públicos. Esas normas no podrán imponer otras penas que las del Código de Justicia Militar o del Código Penal (art. 135) y rigen desde la fecha que ellos establecen (art. 136). En caso de que impongan pena de muerte para reprimir el saqueo, violación, incendio u otros estragos, se podrá hacer uso de las armas en caso de que el culpable sea sorprendido in fraganti y no se entregue a la primera intimación o haga armas contra la autoridad (art. 137). El procedimiento para la aplicación de bandos será verbal y sumarísimo, cuidando de no coartar el derecho de defensa razonablemente ejercido por el procesado (art. 138). Los fallos que impongan pena de delito podrán ser recurridos por infracción de bando o nulidad ante la autoridad militar superior con mando directo en la zona (art. 139). El artículo 483 situado en la Sección correspondiente al procedimiento en tiempo de guerra autoriza a las autoridades militares cuando el Presidente de la Nación no hubiere creado previamente tribunales permanentes o especiales para las fuerzas en campaña, al

nombramiento de presidente, fiscal, auditor y secretario del consejo de guerra para juzgar sobre la posible comisión de un delito de competencia de la justicia militar.

b.1.2) La ley de defensa nacional.

Desde 1966, rige la ley de defensa nacional 16.970 (B.O. 10 de octubre de 1966) reglamentada por el decreto 739 del 3 de febrero de 1967 (B.O. 14 de febrero de 1967). En su nota de elevación al Poder Ejecutivo Nacional, se hacía referencia a la necesidad de su promulgación, frente a la posibilidad de ataque exterior o situaciones de conmoción interna para crear ámbitos territoriales especiales, concentrando en la autoridad militar la totalidad del gobierno en esos sitios.

Asimismo, expresaba que la supervivencia de la Nación podía justificar la restricción de ciertos derechos sobre los bienes, aplicando el instituto de la requisición, con su correspondiente indemnización, poniendo finalmente de resalto que los servicios que reclama la defensa nacional no eran exigidos solamente para repeler ataques del enemigo, sino también para substraer provisoriamente a la Nación de las acciones de la naturaleza y perturbaciones internas producidas por actos humanos.

Declara la ley que la defensa nacional comprende el conjunto de medidas que el Estado adopta para lograr la seguridad nacional (art. 3º). Según ella, el Presidente de la Nación tiene la máxima responsabilidad en la dirección superior de la defensa nacional (art.9º), y dependen de él en forma directa e inmediata: a) el Consejo Nacional de Seguridad, b) el Comité Militar, y c) la Central Nacional de Inteligencia (art. 11).

Estipula, asimismo, que en caso de guerra el Presidente podrá declarar Teatro de Operaciones a parte o partes del territorio nacional, y que el comando de dicha zona será ejercido por un oficial superior que aquél designe, y su autoridad comprenderá la totalidad del gobierno civil y militar en esa área (arts. 33, 34 y 35).

También prevé el instituto de la requisición de bienes, que será dispuesta por el Presidente, indemnizada, y sujeta a revisión judicial (arts. 36 a 42).

El decreto reglamentario establece que tal medida será procedente cuando haya estado de guerra públicamente declarado, exista de hecho o se dé su peligro inminente, y cuando haya conmoción interior (art. 45 del decreto).

Continúa la ley disponiendo que en caso de conmoción interior originada por personas o por agentes de la naturaleza, podrá recurrirse al empleo de las Fuerzas Armadas para establecer el orden o prestar los auxilios necesarios, colocándose bajo las órdenes de autoridad militar las zonas de emergencia previamente declaradas, con el fin de coordinar todos los esfuerzos (art. 43). Esta norma fue derogada por la ley 23.049.

Esta zona de emergencia declarada con motivo de la conmoción interior estará al mando de un Comandante al que se subordinarán todas las fuerzas civiles y militares y en el decreto que la disponga se establecerán los límites de la zona, la autoridad militar superior, las fuerzas asignadas. Si la gravedad de la situación lo aconseja, se dispondrá la atribución de dictar bandos (arts. 37, 38 y 39 del decreto reglamentario).

A su vez, la ley 22.418 de 1981, de defensa civil para la Ciudad de Buenos Aires, faculta al intendente a declarar en estado de emergencia parte o la totalidad del territorio de la ciudad, lo que no será de aplicación en caso de que ella estuviera comprendida en una de las zonas de emergencia a las que se alude precedentemente.

De lo expuesto surge que antes y después del 24 de marzo de 1976 contó el Estado con tales instrumentos legales para procurar sus fines de autoconservación. Antes y después de esa fecha, rigieron las garantías constitucionales.

Entre otros derechos mantuvieron su vigor, pues el llamado "Proceso de Reorganización Nacional" no los abrogó y, según se verá, no se suspendieron sino en medida limitada por el estado de sitio, los de petionar a las autoridades, de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio, de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, de asociarse con fines útiles; de enseñar y aprender, de igualdad ante la ley, de inviolabilidad de la propiedad, de no ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; de ser juzgado por los jueces naturales, de defensa en juicio; de no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente; de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Así también mantuvieron su validez formal las disposiciones acerca de la abolición de tormentos y de la pena de muerte por causas políticas; la prohibición de que el presidente se arrogara el conocimiento de causas judiciales, igualmente todos aquellos derechos implícitos derivados de la forma republicana de gobierno.

La línea divisoria trazada párrafos atrás por el día 24 de marzo de 1976 proviene de que en esa fecha quedó derogada en parte la Constitución Nacional por decisión de los Comandantes Generales de las tres Fuerzas Armadas, que asumieron, de facto, el poder político de la República.

b.1.3) Los medios que los ex Comandantes eligieron en ese contexto.

Se han señalado precedentemente los instrumentos legales existentes para luchar contra la subversión. Para hacerlos cumplir, contaba el Estado con su imperium, emergente de la posibilidad de emplear las fuerzas policiales y de seguridad. A ello se sumó, a partir de octubre de 1975, la intervención de las Fuerzas Armadas, lo que equivale a decir que todas las armas de la Nación fueron aplicadas al fortalecimiento de la voluntad estatal de hacer cumplir la ley, sustrato básico de su política criminal.

No obstante lo expuesto, y más allá del combate en los montes tucumanos, donde el enfrentamiento asumió otras características, por lo que no ha sido objeto de indagación en este proceso, se recurrió de manera directa y no instrumental a la fuerza de las armas. Ello quedó demostrado, sin perjuicio del reconocimiento de los imputados y sus defensas, en forma documental, testifical e indiciaria en el curso de la causa.

2) Examinados los antecedentes normativos y las medidas legales dispuestas, corresponde pues, establecer si el camino escogido fue adecuado a derecho. Más precisamente, si fue antijurídico o si satisfizo las exigencias de alguna causa de justificación del Código Penal Argentino, aplicable a la especie tanto porque los delitos imputados son comunes, cuanto porque las disposiciones del Libro I del Código Penal rigen también para los delitos militares según lo dispone el artículo 510 del Código de Justicia Militar.

Tal determinación deberá llevarse a cabo a través de posible concurrencia de las siguientes justificantes: a) el estado de necesidad; b) el cumplimiento de la ley; c) la legítima defensa.

a.1) El estado de necesidad.

El estado de necesidad, que se puede definir como la situación en que se encuentra una persona que, para salvar un bien en peligro, debe lesionar mediante una conducta penalmente típica, otro de un tercero que, representa un interés jurídico menos valioso (Ricardo C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, T. I, p. 316) es una causa de justificación que recepta nuestro Código Penal al establecer que no es punible "el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño".

El mal que se causa tiene que ser un hecho típico que afecte cualquier bien jurídico, propio o ajeno, con la condición de que debe ser objetivamente menor que el mal evitado. La comparación estimativa del valor de los bienes se hará frente al caso concreto, atendiendo al sentido liberal de nuestro derecho, a las escalas penales con que conmina la lesión de los distintos bienes, recurriendo a la interpretación sistemática; tomando en cuenta que la vida del hombre y la conservación sustancial de su persona están en la cúspide de la valoración jurídica. El mal amenazado debe ser inminente, esto es que no puede haber estado de necesidad si el mal mayor no está por suceder actualmente, lo que implica que el peligro de sufrirlo sea efectivo y de realización inmediata. Por eso dice Pacheco que "no basta, por consiguiente, que el mal sea posible; no basta que se le vea lejano: es menester que exista, es menester que se presente próximo, inminente. Aunque haya comenzado la tormenta, no es permitido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se conserva bien, que obedece a la maniobra, que el agua no lo inunda incesante e irresistible" ("El Código Penal concordado y comentado", Madrid, 1881, T. I, p. 163).

Para Jiménez Huerta, la acción lesiva sólo es necesaria cuando es inevitable, razón por la cual entiende que en el concepto de necesidad se halla ínsito el de inevitabilidad ("La Antijuricidad", Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 330; en el mismo sentido, Jiménez de Asúa, T. IV, p. 397, Suprema Corte de Buenos Aires. La Ley, T. 53, P. 344; Fontán Balestra, T. II, parágrafo 33, y: "el requisito se refiere a la elección, por parte del que obra, de un medio de salvación entre dos o más. En la alternativa, el que obra debe elegir siempre el mal menor..."). Aunque no exige inevitabilidad, señala Núñez que no se puede invocar estado de necesidad sin que el autor esté frente a la alternativa de actuar o de que, no actuando o procediendo de una manera inocente o más benigna, se efectivice el riesgo para el bien más valioso. Ese autor agrega poco más adelante, que para satisfacer la medida de la necesidad basta la adecuación racional, en medida y correspondencia, del mal causado para evitar el que amenaza. Y presenta este ejemplo: "Si alguien que se muere de hambre, en vez de robar un pan o lo primero que le viene a la mano para satisfacer su necesidad, elige un restaurante y se hace servir una suculenta comida, tal acto no puede ser justificado" (T. I, ps. 328 y 329). Solo que el juicio sobre la posibilidad de recurrir a un medio menos dañoso para conjurar el peligro para el bien de mayor entidad, debe ser formulado, en cada caso concreto, por el juez, y atemperarse a las circunstancias de los hechos; ha de valorarse, no con el ánimo del juzgador fuera de peligro, sino con el que tiene el necesitado envuelto en él (Jiménez Huerta, op. cit., p. 311).

Además de requerir la ley que el autor sea extraño al mal mayor cuyos efectos quiere evitar, en forma unánime, la doctrina niega la existencia de la eximente para aquellas personas que tienen la obligación de soportar el peligro. La limitación resulta de los preceptos jurídicos

particulares inherentes a ciertos estados, profesiones o actividades que demandan el sacrificio de lo propio en servicio de lo ajeno. Tal obligación debe provenir de la ley, entendida en sentido amplio y comprensiva de una ley en sentido formal, una ordenanza, decreto, reglamentación y aun de un convenio fundado en ellas.

Precisados los requisitos del estado de necesidad justificante, toca ver si la conducta atribuida a los enjuiciados se adecua a sus exigencias.

Parece claro que los hechos típicos en que se basa la acusación -privaciones ilegales de la libertad, tormentos, robos, homicidios- importaron la causación de un mal por parte de quienes tenían responsabilidad en el uso de la fuerza estatal.

También que ese mal estuvo conectado causalmente con otro mal, que se quería evitar y que consistía en los hechos de terror que producían las bandas subversivas.

Estos hechos presentaban dos aspectos que, en lo que aquí interesa, consistían: a) por un lado, en la concreta, actual y presente existencia de un mal que eran las muertes, atentados con explosivos, asaltos; b) por el otro, en el peligro que entrañaban para la subsistencia del Estado.

Se trataba, pues, de impedir la prosecución de lo primero, y de evitar la consecución de lo segundo, cosa que tendría lugar si las organizaciones terroristas tomaban el poder.

Sin embargo, este Tribunal considera que tal causa de justificación no resulta aplicable.

En primer lugar porque si bien es cierto que el estado de necesidad puede generarse en la conducta de un tercero, ello es a condición de que no se trate de, una conducta agresora, porque en tal caso lo que jugaría sería la legítima defensa, propia o de tercero (art. 34, inc. 6, C.P.)

En segundo lugar, si se secuestraba y mataba para evitar que se siguiera matando y secuestrando, no se estaría produciendo un "mal menor" para evitar un "mal mayor". En todo caso los males habrían sido equivalentes, lo que excluye a dicha causal.

En tercer lugar si se cometieron por parte de los enjuiciados todas esas conductas típicas para evitar que los insurgentes tomaran el poder político para establecer un régimen liberticida, tiránico y atentatorio contra las bases mismas de la nacionalidad, dicho mal, aun cuando pudiera ser de mayor entidad al cometido con finalidad evitadora, distaba de ser inminente.

En efecto, si bien este Tribunal coincide con las defensas en el grado de perversidad y gravedad que había alcanzado el terrorismo e incluso en los propósitos que aquéllas le asignan, éstos se hallaban lejos de concretarse.

Los subversivos no se habían adueñado de parte alguna del territorio nacional; no habían obtenido el reconocimiento de beligerancia interior o exterior; no resultaban desembozadamente apoyados por alguna potencia extranjera; y carecían del apoyo de la población.

En fin, el mal que hubiera constituido la toma del poder no aparecía como cercanamente viable, no se cernía como una acuciante posibilidad y, por lo tanto, la reacción que en ese caso

hubiera podido generar -que tampoco podría haber sido la regresión a la ley de la selva- no contaba con las condiciones previas que la justificaran.

En cuarto lugar no se satisfizo la exigencia de la utilización -y agotamiento- de un medio inocente o menos gravoso.

En el estado en que se encontraba la lucha antsubversiva cuando la Junta Militar se hizo cargo de su conducción política y teniendo en cuenta las amplias facultades que ella y las autoridades que le estaban subordinadas tenían, tanto en función legislativa como ejecutiva e instrumental, pudieron razonablemente haber recurrido a gran cantidad de medios menos gravosos que aquellos a los que se echó mano. En efecto, se hubiera podido dictar nuevas leyes penales y procesales tendientes a acelerar el trámite de las causas contra elementos subversivos; dotar a la justicia de más adecuados medios materiales para cumplir su cometido; declarar el estado de guerra; dictar bandos; disponer la aplicación del juicio sumarísimo del Código de Justicia Militar a los subversivos autores de delitos comunes, militares o contemplados en los bandos; arrestar a disposición del Poder Ejecutivo Nacional a todos los presuntos terroristas respecto de los cuales no hubiera probanzas suficientes como para someterlos a la justicia; ampliar el derecho de opción de salida del país imponiendo gravísima pena por su quebrantamiento; privilegiar la situación de los insurrectos desertores o delatores; suscribir convenios con las naciones vecinas para evitar la fuga o actividades preparatorias de delitos subversivos en su territorio; entre otras tantas posibilidades.

Como se ve, era muy largo el camino previo a recorrer antes de instaurar en la sociedad argentina un estado de faida, una situación de venganza colectiva.

Aunque en otro contexto, la frase de W.T. Mallison y S.V. Mallison parece escrita para esta ocasión: "Los gobiernos a menudo disponen de otros cursos de acción alternativos, pero, no obstante, frecuentemente han respondido con medidas militares masivas que causan mayor escalada de terror. Los rótulos tales como guerra, hostilidades, represalias y autodefensa, entre otros, que se adjudican a tales actividades, lamentablemente no reducen la cantidad de violencia. Las alternativas más efectivas de que disponen los gobiernos incluyen cumplir con sus obligaciones legales básicas existentes según la Carta de la O.N.U. y las Convenciones de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de Guerra" ("El concepto de terror de propósito público en el Derecho Internacional", artículo presentado por dicho Profesor de Derecho y Director del "International Law Programme" y la investigadora adjunta en George Washington University en el "International Symposium sobre Terrorism and Political Crimes" auspiciado por el "International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences", en Siracusa, Italia, en junio de 1973, y publicado en la Revista "Estudios Arabes", Buenos Aires, julio-septiembre de 1982, p. 144).

No puede concluirse el tema sin referirse a la última exigencia de la eximente, esto es, que el autor del mal que se pretende justificar no esté jurídicamente obligado a soportarlo. Se estableció más arriba que la sociedad argentina no estaba obligada a ello. En cambio, las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales, por ser las depositarias de las almas de la Nación están obligadas a soportar la agresión armada y a repelerla, tanto en defensa de aquella cuanto propia.

Del análisis de las constancias de la causa, de lo oído en la audiencia y de lo expuesto por las defensas y los procesados en ocasión de sus indagatorias y la audiencia del artículo 490 del Código de Justicia Militar, parece desprenderse que los Comandantes de las Fuerzas Armadas

encararon la lucha antisubversiva como una cuestión ajena a la sociedad, a su derecho y a sus normas éticas, culturales y religiosas, más como una cuestión de autodefensa, de amor propio, de revancha institucional que como brazo armado de la Nación.

a.2) El cumplimiento de la ley

El artículo 34, inciso del Código Penal declara no punible al "que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo". En esta disposición, conocida tradicionalmente como el cumplimiento de la ley, se engloba tanto dicha justificante como la del legítimo ejercicio de un derecho. Es razonable que las conductas llevadas a cabo en tales circunstancias no sean antijurídicas, pues, en caso contrario, habría una contradicción entre las ramas de un mismo ordenamiento jurídico. Una permitiría la realización de determinado acto y otra lo penaría.

Dice Soler que en la regla se agrupan las acciones que la ley directamente manda y que el sujeto directamente cumple y aquellas que sencillamente el derecho no prohíbe, (op. cit., T. I, p. 330). Agrega dicho autor que las expresiones deber, autoridad, cargo, tienen un valor estrictamente jurídico, razón por la cual la acción realizada en cumplimiento de un deber es justa, cuando ese deber estaba jurídicamente impuesto o, en los demás casos, cuando la autoridad o el cargo eran funcionalmente atribuidos por el derecho. En los tres casos -dice- se actúan prescripciones positivas de la ley, realizadas por quien es justamente el órgano ejecutor de esa voluntad. Por eso, el que cumpliendo un deber impuesto por la ley, ejerciendo una autoridad o un cargo, realiza un acto típico que la ley le manda ejecutar, dadas ciertas circunstancias, no delinque, actúa el derecho (op. y loc. cit., comf. Núñez, T. 1, p. 400; Fontán Balestra, T. II, parágrafos 30 y 31).

La expresión ley tiene un sentido amplio, comprensivo de toda regla general, sea dictada por el poder legislativo, o un reglamento, ordenanza o disposición municipal (Soler, op. cit., p. 332; Núñez, T. I, p. 401).

Esta causal fue expresamente alegada. La tesis de una de las defensas reposa en el hecho de que toda regla jurídica que permite la amenaza de un bien jurídico tutelado excluye la delictuosidad del hecho que en su nombre se llevó a cabo, sobre la base de que resulta tan absurdo imaginar una ley que no deba ser ejecutada, como ver delito en la ejecución de la ley (actas de la audiencia del art. 498, fs. 847). Sostiene, que por ley se entiende toda disposición de carácter general emanada de un poder público dentro de la esfera de sus atribuciones y que la ejecución de ella importa el cumplimiento de un deber en los términos del artículo 34, inciso 4º, del código sustantivo. Dichas reglas jurídicas son los decretos 261 de febrero de 1965 y 2770 de octubre del mismo año, a los que reputa base normativa del estado de guerra, a raíz del cual los actos típicos que se verificaron contra el enemigo se operaron al amparo de la mentada justificante como el cumplimiento de un deber.

Dado que la situación de guerra ha sido permanente aducida por los inculcados y sus defensores, ella será objeto de tratamiento en otro capítulo. Allí se abordará en su totalidad dicha posición defensiva.

Cabe poner de manifiesto en este lugar, en cambio, que si bien es cierto que el cumplimiento de la ley en sentido amplio no puede ser objeto de de punición (art. 19, Constitución Nacional; 1071, Código Civil y 34, inciso 4º Código Penal) no lo es menos que esa ley debe ser interpretada a la luz del conjunto del ordenamiento jurídico, para que no se dé la paradoja de

pretender sustentar la legitimidad de conductas típicas en reglas contrarias a derecho o entendidas de ese modo.

Esto último es lo que sucede con la inteligencia que se pretende dar a los decretos 2770 y siguientes, sobre todo al 2772, el cual dispone textualmente que "las Fuerzas Armadas bajo el Comando Superior del Presidente de la Nación que será ejercido a través del Consejo de Defensa procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país".

A propósito de tales decretos, debe remarcarse que las Fuerzas Armadas no tenían una conducción autónoma, sino que se hallaban bajo el Comando Superior del Presidente de la Nación ejercido a través del Consejo de Defensa. El golpe militar del 24 de marzo de 1976 restó ese control y dejó la conducción en las manos exclusivas de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, es necesario poner de relieve que la interpretación de la expresión "procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país" en modo alguno puede entenderse extrayendo a dicha orden presidencial del contexto jurídico del país. El artículo 31 de la Constitución Nacional no había perdido su vigencia. Por lo tanto la Carta Magna, las leyes de la Nación en su consecuencia dictadas por el Congreso y los Tratados con las Naciones extranjeras seguían siendo la ley suprema de la Nación, razón por la cual, aunque el Presidente de la Nación, hubiera querido dictar un acto administrativo que las derogara o suspendiera no hubiera podido hacerlo, pues no se hallaba dentro de sus facultades constitucionales.

Es por ello que, aunque la palabra "aniquilar" hubiera sido empleada en el sentido de acabar físicamente con los elementos subversivos o, en otros términos, matar a dichos elementos, hubiera sido manifiestamente inconstitucional e inaplicable, por no responder a las tradiciones argentinas, por no encuadrar en las atribuciones presidenciales y por no guardar relación alguna con el contexto de la legislación nacional vigente.

Es que, en efecto, ninguna regla escrita o consuetudinaria del ordenamiento jurídico argentino autoriza a emprender una guerra fuera de toda normatividad, como parecen entenderlo alguna de las partes sobre la base de la inteligencia que acuerdan a expresiones de algún autor sobre la guerra. Sin embargo, lo cierto es que en el momento de dictarse el mencionado decreto la Constitución Nacional estaba vigente, lo mismo que el resto de la legislación nacional y los tratados suscritos por la Nación con las potencias extranjeras. En ninguno de esos dispositivos puede encontrarse una nota, un signo, un atisbo, de que la República abandonó, por algún momento, sus tradicionales métodos de respeto al derecho y a las garantías individuales, para abrazar, sin más, a través de un mero decreto presidencial, la causa de la guerra total, absoluta, sin restricciones, ni límites, ni cortapisas. Ello resulta, frente al derecho, francamente inadmisibles.

Por lo demás, aunque es sabido que las normas jurídicas una vez dictadas se independizan de la voluntad de sus autores, al solo efecto de corroborar la interpretación sistemática precedentemente efectuada, vale la pena poner de resalto que al declarar en la audiencia celebrada en esta causa, tanto el doctor Italo Luder, como los ministros que suscribieron el decreto; no le dieron el alcance que las defensas pretenden. Por el contrario, señalaron que aniquilar importaba tanto como inutilizar la capacidad de combate de los grupos subversivos, sin que importara aniquilamiento físico, y siempre dentro del marco de la ley (ver testimonios

de la audiencia, de Italo Argentino Luder -fs. 2-, Antonio Cafiero -fe. 15-, Alberto Luis Rocamora -fe. 23- y Antonio Benítez -fs. 44-).

Señálase, por fin, que no se comprende muy bien la permanente remisión, como alegación defensiva, a un decreto emanado de un gobierno constitucional que fue derrocado, precisamente, por quienes lo invocan y que pertenece, además, a un período anterior al que se juzga y luego del cual la potestad legisferante pasó a manos de la Junta Militar y del Presidente por ella nombrado.

Sentado lo que precede queda descartada, cuanto menos para este aspecto del fallo, la existencia de la causa de justificación recogida por el artículo 34, inciso 4º, del Código Penal. Ello así, pues al caer uno de sus elementos estructurales, como era la existencia de una ley en sentido material que justificaba determinadas conductas típicas, los hechos enrostrados siguen siendo ilícitos, salvo la existencia de una causa de exclusión del injusto para alguno o algunos de ellos en particular.

Sin embargo, debe expresarse para concluir con este tópico que la regla permisiva que nos ocupa podría haber resultado de aplicación a la especie si la represión contra la subversión se hubiera llevado a cabo dentro del sistema normativo vigente. Empero, el hecho de que se prescindiera de cualquier tipo de tribunales para el juzgamiento de los presuntos subversivos; se los mantuviera detenidos sin proceso en condiciones inhumanas de cautiverio; se los sometiera en muchos casos a tormentos; se contestara en forma negativa a los pedidos judiciales de informes en casos de hábeas corpus; se cometiera homicidio en la persona de algunos de los privados de libertad; se consumaran delitos contra la propiedad en perjuicio de los aprehendidos o de sus allegados; o se los sometiera tardíamente a la justicia entre otros hechos típicos que se desprenden de las constancias de esta causa y a los que alude esta sentencia más arriba, hace que deba descartarse de plano esa posibilidad.

a.3) La legítima defensa.

Toca ahora ver si las conductas típicamente relevantes se hallan amparadas por la norma permisiva contenida en el artículo 34, incisos 6º y 7º del Código Penal, esto es, legítima defensa del Estado y de la sociedad.

Sabido es que la legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada y que ella comprende tanto los derechos propios como los de terceros. El artículo 34, inciso 6º, del Código Penal supedita su existencia a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. A su vez, el apartado 7º del mismo artículo admite la defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, que no haya participado en ella el tercero defensor.

Es manifiestamente claro que ni el Estado ni la sociedad provocaron de manera suficiente la agresión subversiva. Ello es un hecho notorio que se desprende de la circunstancia de que la subversión terrorista en momento alguno señaló la existencia de situaciones sociales o políticas de tal entidad que pudiera determinar su actividad disolvente. Parece útil resaltar que ni Estado ni sociedad son conceptualmente gobierno y que tales acciones tuvieron lugar tanto en épocas en que los destinos de la Nación eran regidos por gobiernos de jure como de facto.

Empero, de haber mediado dicha provocación suficiente de parte del gobierno, éste hubiera estado habilitado para actuar, como tercero, en salvaguarda del Estado y de la sociedad, pues los ataques estaban indiscriminadamente dirigidos.

Veamos, pues, si se dan los otros extremos de la eximente requeridos en el mentado inciso 7º, esto es, la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Si, como dice Jiménez de Asúa, la agresión desde el punto de vista del sujeto activo, es el acto con el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado y desde la perspectiva del agredido es la indebida ingerencia en un estado existente y que constituye un derecho subjetivo propio o ajeno ("Tratado de Derecho Penal", Editorial Losada, Bueno: Aires, 1961, T. IV, p. 160), ella estuvo presente en la especie. Es que, como quedó dicho más arriba, la actividad subversiva, se manifestó a través de todo tipo de ataques individuales o colectivos, a personas o instituciones, generalmente llevados a cabo de manera aleve, todo lo cual encuadra con claridad en el concepto antes citado.

Parecería, pues, que el quid, en este aspecto, pasa por determinar si los instrumentos fueron adecuados para conjurar aquella agresión, o, en las palabras de la ley, si hubo "necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla".

La medida para juzgar la necesidad del medio empleado la proporciona, en primer lugar, la naturaleza y gravedad de la agresión, la que resultará no solamente de la comparación de los instrumentos usados sino también de las condiciones personales del agresor y del agredido. El juicio acerca de la necesidad y de la racionalidad del medio empleado -que tiene la significación amplia comprensiva de todo género de acciones u omisiones defensivas-, debe ser estrictamente concebido desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede consentir la reflexión ulterior (conf., Soler, cp. cit., T. I, p. 365, citando a Carrara, "Programma", parágrafo 309; Jiménez de Asúa, op. cit., T. IV, p. 208; Carlos Fontán Balestra, op. cit., T. II, parágrafo 32, V). Asimismo debe tenerse en cuenta, a los fines de apreciar esta exigencia legal, la importancia del bien jurídico que se defiende, pues basarla exclusivamente en la intensidad del ataque puede importar, frente a casos concretos, un importante agravio a la sensibilidad jurídica, como lo pone de resalto el ejemplo de Soler según el cual es perfectamente posible que un sujeto no tenga más posibilidad de impedir que en carnaval lo mojen, sino apelando a sus armas y sin embargo nadie juzgaría que en ese caso obró en legítima defensa (op. cit., T. I, p. 361; Jiménez de Asúa, idem, T. IV, p. 208).

Sobre la base de lo dicho, es evidente que bien podrían considerarse justificados una serie de actos tratados individualmente. Así, ante el intento de tomar una comisaría o un cuartel, los miembros de las fuerzas policiales o militares obraban, si repelían la agresión armada con elementos de combate de similar o mayor poder -aun causando la muerte de los agresores-, con la doble justificación de cumplimiento del deber (art. 34, inciso 4º, C.P.) y de legítima defensa, propia y de terceros (incisos 6º y 7º del mismo artículo). Lo mismo puede decirse si en un procedimiento lícito repelían los disparos que se les dirigían. También se funda en el cumplimiento del deber y en la legítima defensa la reducción y detención de una persona que porta armas sin autorización. Puede fundarse en las mismas eximentes la aprehensión de un miembro de un grupo subversivo declarado ilegal portador de un mensaje.

Empero, en estos casos, una vez sometido el delincuente, no es posible considerar permitidas acciones típicas de tormentos, homicidios y privación ilegal de libertad, dado que cesada la agresión, la persistencia en el empleo de la violencia deja de ser legítima defensa para configurar una venganza innecesaria. Salvo, claro está que ésta se funde en el cumplimiento del deber; tal como sucedería si se anotara al detenido a disposición del Poder Ejecutivo Nacional dentro de las atribuciones del estado de sitio o si se lo sometiera a proceso por el delito cometido. Es por eso que dice Soler que no será posible, por falta de actualidad, la legítima defensa contra un ataque pasado o contra la violación consumada del bien jurídico agredido, pues carecería de todo poder de evitación del mal, que es el fundamento de la reacción defensiva (op. cit., T. I, p. 364).

De lo dicho se desprende que las conductas que son objeto de juzgamiento no fueron llevadas a cabo en legítima, defensa. Ni las privaciones ilegales de la libertad por detención sin sujeción a autoridad competente alguna, ni los apremios ilegales, ni los tormentos, ni los homicidios, ni los robos, ni los daños, ni ninguna otra acción típica, aún reconociendo como causa una agresión ilegítima actual y no provocada, pueden reputarse llevados a cabo como una reacción necesaria. Todos ellos sucedieron una vez que el ataque al Estado o a la sociedad había cesado.

Sin embargo, cabe todavía hacer otra consideración. La mayoría de los actos materia de juzgamiento se cometieron con el fin -en sí mismo plausible- de combatir el terrorismo.

Para ello, es evidente que los procesados concibieron un curso de acción según el cual era necesario adoptar métodos "inéditos", suficientemente eficaces, en miras a ese fin, y ante una agresión igualmente "inédita".

La pretensión de que esos métodos inéditos respondieron al requisito que trae la ley para que funcione el permiso -necesidad racional del medio empleado resulta ética y jurídicamente inaceptable.

Un atento examen de los instrumentos con que contaba el Estado para enfrentar el fenómeno terrorista, a la luz del grado del desarrollo alcanzado y de su capacidad ofensiva, convencen de que no se respetó el requisito legal.

Si quien se defiende legítimamente "... no puedo exceder cierto límite lesivo en forma que resulte repugnante a la forma de coexistencia que el orden jurídico propugna y sostiene..." (Zaffaroni - Cavallero, Derecho Penal Militar, Ed. Ariel. Bs. As. 1980, pág. 377), menos podrá hacerlo, todavía, cuando cuenta con medios totalmente aptos y legales. En tal sentido, cabe remitir a cuanto se dijera al examinar el tema del estado de necesidad y la legislación imperante en ese entonces.

b.) La antijuridicidad material

Según la más autorizada doctrina, el Código Penal Argentino agota las causas de exclusión de la antijuridicidad, sin dejar vacíos que, para salvar situaciones de equidad, deban ser llenados por causas supraleales de justificación, desde que el art. 34 inciso 4º, permite el ingreso de la totalidad del orden jurídico como fuente de justificación de acciones típicas.

Sin embargo, respetables autores han sostenido que lo antijurídico no es la mera contradicción con la regla jurídica que en las leyes se expresa negativamente por el anunciado de las causas

de justificación, sino que posee un contenido real (Jiménez de Asúa, Tratado, T. III, p. 991), con lo que han distinguido entre la antijuridicidad formal y material.

Planteando la cuestión, dice Alexander Graf Zu Dohna: "Es un error de gran peso, en el que aún hoy incurren en gran parte la teoría y totalmente la práctica, el creer que el material crítico para la valoración jurídica de la conducta humana se encuentra totalmente y sin falta alguna en el orden jurídico en el sentido de los preceptos jurídicos técnicamente formados". Y agrega: "Con ello se olvidan las dos cosas siguientes. Primero, que llevamos con nosotros - como supuesto lógico- un enorme tesoro de representaciones y apreciaciones morales como contenido firme de nuestro desarrollo cultural sobre cuya base, que se da por natural e indiscutible, se edifica ante todo el sistema jurídico, haciéndolos parte integrante de él. Segundo, que en ningún caso, el espíritu del derecho encuentra su expresión inequívoca en la formulación técnica de los preceptos jurídicos concretos, por lo que, no ya para la evolución legislativa, sino para la mera aplicación acertada del derecho, importa descubrir la verdadera figura de los pensamientos jurídicos que se nos aparecen en forma velada" ("La Ilícitud", traducción del Dr. Faustino Ballué, Editorial Jurídica Mexicana, México 1959, pág. 3 y 4).

Jiménez de Asúa que trata de entrar en la esencia material de lo antijurídico, dice que para conocer si un acto típico se ajusta a derecho, es necesario seguir tres etapas: a) si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuridicidad (como la muerte de un hombre en legítima defensa); b) si, en caso contrario, el hecho se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (como si un deportista golpea a otro en el boxeo cuyas reglas se observaron escrupulosamente); c) si en un acto, conveniente a la vida social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia. De tal modo postula que, en lugar de enunciar causas de justificación se establezca un concepto real sobre ausencia de antijuridicidad y una fórmula amplia que justifique (op. cit., T. III, p. 992).

En la búsqueda de los elementos que hacen que una acción adecuada a un tipo penal y que no encuadre en ninguna causa de justificación puede ser igualmente lícita, se han esbozado distintas teorías.

Veamos las más reconocidas.

Para Graf Zu Dohna, antijurídico no es lo que está prohibido por el hecho de estarlo sino que, al contrario, se debe afirmar que el ordenamiento jurídico prohíbe lo que resulta antijurídico. Luego, la antijuridicidad resulta el presupuesto de toda prohibición en general y debe encontrarse en las razones que motiven al legislador tanto ha establecer prohibiciones como a conceder facultades. Esas razones las encuentra en la justicia y nos dice que una conducta es injusta cuando no concuerda, en su situación especial, con el ideal social (Jiménez de Asúa, op. cit., T. III, p. 997). En síntesis, y según las palabras de Dohna "El elemento de ilicitud implica pues que la conducta en cuestión debe estar en oposición con la idea de lo correcto o justo, que no pueda ser pensada como recto medio para un fin recto" ("La Ilícitud", cit. p. 67).

Para Franz von Liszt la antijuridicidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines del orden jurídico y por tanto a la misma convivencia humana. Precizando el concepto señala que existe antijuridicidad cuando una conducta lesiona o pone en peligro un bien jurídico y agrega que sólo es materialmente injusta cuando contradice el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común (J. de Asúa, op. cit., T. III, p. 1001; Jiménez Huerta, op. cit., p. 58).

Para Max Ernesto Mayer es antijurídico el acto contrario a las normas de cultura. Sostiene, al efecto, que junto a cada norma de derecho hay una norma de cultura con la que se corresponde. Señala, además, que el ordenamiento jurídico reconoce implícitamente como justo lo que se reputa como tal según las buenas costumbres, exigiendo de los tribunales la aplicación de las normas de cultura en cuanto han sido reconocidas por el Estado(confr. Soler, op. cit., T. 1, p. 321). Quizá la síntesis más clara de su pensamiento pueda encontrarse en este párrafo de Jiménez de Asúa: "El profesor Mayer llega, pues, a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado".

Pues bien, hechas estas apretadas referencias cabe volver a preguntarse acerca de la posible justificación de la conductas enjuiciadas, a la luz de dichas consideraciones.

El tribunal concluye que las privaciones, ilegales de la libertad, tormentos, apremios ilegales, homicidios y robos que constituyen el objeto de este proceso, son también, materialmente antijurídicos. Esos hechos típicos dañaron bienes jurídicos de vital importancia y fueron antisociales, en la medida que, atacando los valores fundamentales de la persona, en los que reposa la vida comunitaria, y subvirtiendo los principales valores del derecho positivo del Estado contradijeron el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común.

No fueron un medio justo para un fin justo. Se estableció en el curso de esta fallo que los instrumentos empleados para repeler la agresión terrorista no respondieron ni al derecho vigente, ni a las tradiciones argentinas, ni a las costumbres de la naciones civilizadas y que el Estado contaba con otros muchos recursos alternativos que respondían a aquellas exigencias.

Por lo expresado en el párrafo anterior, porque los medios empleados fueron atroces e inhumanos, porque la sociedad se conmovió y se sigue conmoviendo por ellos, no respondieron a las normas de cultura imperantes en la República, cuyo interés común, manifestado a, través de sus mas diversas actividades, no está en la guerra sino en la paz, no está en la negación del Derecho, sino en su aplicación. Que no está, ni estuvo nunca, en la regresión a un primitivo estado de naturaleza. Si los ejemplos tienen algún valor, adviértase que la pena de muerte no se aplicó en las últimas décadas, no obstante estar prescripta en el Código de Justicia Militar y, por muchos lapsos en el Código Penal común.

No obstante que la subversión terrorista , afectaba gravemente a la sociedad, la conducta de los enjuiciados, lejos de restituir el orden por las vías adecuadas, importó, además de lesiones jurídicas, una ofensa a los ideales o aspiraciones valorativas de la comunidad (Jiménez Huerta op. cit., p. 92).

Tal discordancia entre los actos realizados y lo admisible para la conciencia civilizada -que en esto consisten las normas de cultura- aparece reconocida por los propios Comandantes cuando entendieron necesario mantener ocultos los procedimientos utilizados, aún luego de concluída la lucha.

3.) El exceso

Se ha sentado precedentemente que la actividad que se enjuicia es material y sustancialmente antijurídica, por ser típica, por no estar comprendida en ninguna causa de justificación y por contravenir las normas de cultura u otras ópticas semejantes en las que reposa el concepto de la antijuridicidad material.

Resta establecer si, no obstante ser ilícita, puede subsumirse en la regla del exceso contenida en el artículo 35 del Código Penal: "El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, o la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia".

La fórmula, que está referida a todos los casos de justificación, se funda en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en la cual no resulta justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación (Carrara, "Programma del Corso Di Diritto Criminale", Ila. Ed., 1924, parágrafo 297, nota, cit. por Soler, op. cit., T. I, p. 389, que comparte y amplía el criterio; Núñez, op. cit., T.I, p. 428, lo extiende, también, a los casos en que media una imprudencia por parte de la gente en la apreciación de las circunstancias).

Ella supone la preexistencia de una situación objetiva de justificación, como puede ser una agresión ilegítima, un supuesto de necesidad, un caso de cumplimiento de un deber legal o de legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, pues si ella no existiera mal podría sostenerse la posibilidad de un exceso a los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad.

Normalmente, el exceso consistirá en una intensificación de la acción originariamente lícita, una superabundancia de medios en relación con los fines que se procuran, como podría ser la persistencia en la conducta defensiva cuando el ataque había cesado. Es por ello que en nuestro derecho se reputa que el exceso es culposo (Soler op. cit., T. I, p. 389; Fontán Balestra, op. y loc. cit., 3-), tanto por los motivos del delito cometido por culpa o imprudencia.

Pero el exceso supone que el autor no abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad, desvirtuándola objetiva o subjetivamente. Ocurre lo primero, dice Núñez (op. cit., T. I, p. 23), cuando el autor obra al margen del objeto de la ley (por ejemplo fuera de su derecho o cargo), autoridad (el padre que la ejerce mediante tratos lesionadores del honor, libertad o integridad corporal de sus hijos); necesidad (el pretexto de legítima defensa) o actúa esa objetividad en forma ilegal (ejercicio violento o arbitrario del propio derecho, como el cobro de una deuda por mano propia). Hay abuso subjetivo cuando, actuándose formalmente dentro de la ley, se obra sin provecho propio y sólo por hostilidad, sobrepasando sustancialmente el propio deber, facultad o necesidad (idem).

A la luz de lo expuesto se desprende con claridad, que en la especie no concurren los extremos de este instituto.

En efecto, aunque conforme se ha expresado más arriba, se daban ciertos presupuestos objetivos de la justificación, tales como la necesidad, la agresión ilegítima y cumplimiento del deber o legítimo ejercicio de una autoridad o cargo las acciones que se juzgan fueron, ab initio, abusivas, desde que, lejos de transponer los límites inicialmente ilícitos, fueron una respuesta al margen de todo derecho. No hubo intensificación de medios originariamente adecuados sino instrumentos ilícitos. Tales las detenciones sin juicio, tormentos, malos tratos a prisioneros, robos y daños. No hubo una inicial juricidad, como lo reclama Soler, sino un ejercicio arbitrario del propio derecho, en el ejemplo de Núñez.

Tampoco se encuentra presente en la especie la esencia culposa del exceso. Las órdenes emitidas importaron actuar, con conciencia y voluntad, con relación a las acciones típicas mencionadas en el párrafo anterior.

Finalmente, la forma en que los enjuiciados condujeron las acciones antisubversiva no se adecuan al carácter del instituto, que según se señalará, estaba en el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo, que suscitan ciertas circunstancias en las personas. La agresión terrorista, se afirmó, era grave, seria y debía ser repeleada. Sin embargo, no es admisible que un gobierno que concentraba en sus manos toda la fuerza del Derecho y de las armas obrara como lo hizo, sobre la base de una perturbación del ánimo de sus miembros. Los hechos que son objeto de este proceso fueron planificados, dirigidos y ordenados de acuerdo a lo que se ha expuesto en capítulos anteriores de esta sentencia y en modo alguno puede admitirse la existencia de tal elemento subjetivo en los procesados.

4) Se ha examinado el tema de la antijuridicidad de las conductas típicas atribuidas y negado la, concurrencia de alguna causa de justificación en favor de los procesados.

La permanente recurrencia de las defensas al tema de la guerra, bajo cuya óptica pretenden se analice el caso, llevan a este Tribunal a una consideración particular.

Tanto la doctrina nacional como la internacional, establecen una distinción entre los conflictos armados que se pueden suscitar en el seno de una sociedad o entre distintos Estados.

Tal distinción va desde los meros desórdenes internos hasta la guerra internacional. Cuando se trata de hechos producidos por rebeldes cuya beligerancia no ha sido reconocida, se está frente a un caso de insurrección. Si medió reconocimiento por parte del gobierno constituido del estado de beligerancia, trátase de una guerra civil nacional. Por fin, si un Estado extranjero interesado es quien reconoce la beligerancia del partido o facción en armas, se lo denomina guerra civil internacional (Confr. Luis A. Podestá Costa, "Ensayo sobre las luchas civiles y el Derecho Internacional", Tip. A.G. Rezzónico, Buenos Aires, 1926, p. 11; Bidart Campos, "Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1968, T. I, p. 576; Rafael Moyano Crespo, "Aspectos ético-jurídicos del Derecho de Guerra", Editorial Difusión, Buenos Aires, año 1940, p. 69; Alfred Verdross, "Derecho Internacional Público", Traducción al castellano de Antonio Frujol y Serra, Editorial Aguilar, Madrid, 1955, P. 553).

Contemporáneamente y a partir de la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una nueva forma de conflicto que se ha dado en llamar guerra revolucionaria.

Para Robert Thompson su mejor definición es: "una forma de guerra que permite que una minoría, pequeña y despiadada, obtenga por la fuerza el control de un país, apoderándose, por lo tanto, del poder por medios violentos y anticonstitucionales" ("Guerra Revolucionaria y Estrategia Mundial (1945-1969)", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 20).

Suelen igualmente distinguir los autores entre la guerra revolucionaria y la guerra de guerrillas. Mientras esta última es defensiva y táctica, incluye el hostigamiento de las fuerzas regulares, puede ser nacionalista o patriota y no necesariamente política, la primera es esencialmente política y social. Puede, durante cierta fase, incluir acción guerrillera pero sus objetivos son muchísimo más ambiciosos que los de la guerra partidaria. Puede también incluir, como en China, Vietnam y Argelia, un llamado al patriotismo contra una agresión o una ocupación foránea, pero los objetivos trascienden la idea de "libertación" usada en sentido

convencional (Brian Crozier "Teoría del conflicto", Editorial Emecé, Buenos Aires, 1977, p. 186).

Conviene destacar que, de modo más o menos coincidente, los teóricos sobre el tema distinguen cinco fases dentro de la guerra revolucionaria, que caracterizan del modo que sigue. Fase uno: despliegue e infiltración en el país en que se inicia el proceso; organización clandestina del aparato revolucionario; agitación social. Fase dos: intimidación de la población mediante el terrorismo en sus distintas formas, como modo de obtener el desprestigio de la autoridad pública y privarla de consenso. Fase tres: control de la población para comenzar a volcarla hacia el marxismo o asegurar su pasividad. Fase cuatro: ejercicio de dominio sobre un espacio geográfico poblado, para instalar un gobierno revolucionario y gestionar su reconocimiento internacional. Fase cinco: pasaje a la ofensiva general; desarrollo de la guerra civil y apoderamiento del país (Conf. informe obrante a fs. 486/496 del cuaderno de prueba del Teniente General Viola, producido por el Estado Mayor General del Ejército; Thompson, op. cit. ps. 21 y ss.; Crozier, op. cit. ps. , 174 y ss.; Osiris Guillermo Villegas, "Guerra Revolucionaria Comunista", Círculo Militar, Buenos Aires, 1962, ps. 87 a 91; General Alberto Marini, "Estrategia sin tiempo", Círculo Militar, Buenos Aires, 1971, ps. 262 a 264).

En consideración a los múltiples antecedentes acopiados en este proceso, especialmente documentación secuestrada, y a las características que asumió el fenómeno terrorista en la República Argentina, cabe concluir que dentro de los criterios clasificatorios que se vienen de expresar, éste se correspondió con el concepto de guerra revolucionaria. En cuanto al grado de desarrollo por ella alcanzado, el informe del Estado Mayor General del Ejército concluye en que llegó a la creación de zonas dominadas.

Sin embargo, a estar a la propia caracterización que en dicho informe se hace del estadio en cuestión, en modo alguno parece que las fuerzas insurgentes hubieran ejercido dominio sobre un espacio geográfico determinado, como paso previo a la instalación de un gobierno revolucionario, para la gestión de su reconocimiento internacional. Por el contrario, la propia Directiva N° 333/75, ("operaciones contra la subversión en Tucumán"), establece que el enemigo -que estima en una capacidad aproximada entre 300 y 500 hombres- se aprestaba a efectuar la apertura de un "frente rural", describiendo actividades puramente preparatorias.

Por lo demás, en momento alguno, tales grupos insurgentes, fueron reconocidos como beligerantes, recibieron reconocimiento internacional, contaron con la capacidad de dictar normas con alguna eficacia general, y menos aún tuvieron poder de hecho, para aplicarlas, ni hubo intervención en el conflicto de potencia extranjera alguna.

En las condiciones dadas, es á claro que la lucha armada se desarrolló fronteras adentro, lo que excluye por completo el concepto de guerra que alude a una contienda entre Estados soberanos y que tiene por fin hacer prevalecer un punto de vista político (Vid. Podestá Costa, op. y loc. cit.; Hans Kelsen, "Principios de Derecho Internacional Público", traducida por Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Ed. "El Ateneo", Buenos Aires, sin fecha; Ch. Rousseau, "Derechos Internacional Público profundizado", Traducción de Delia García Dairreaux, Editorial "La Ley", Buenos Aires, 1966, p. 371).

Tampoco importó una guerra civil internacional, por la falta de reconocimiento externo del estado de beligerancia de la facción en armas (Conf. Podestá Costa, op. cit., ps. 11, 12 y 15;

Daniel Antokoletz, "Tratado de Derecho Internacional Público", quinta edición, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1951, T. III, p. 531).

a) Normas aplicables.

Como ya se dijera, el interés sobre la cuestión en examen proviene de la necesidad de determinar las normas de que el Estado debió valerse para atender el conflicto y los alcances o límites a la represión.

Algunas de las defensas y varios procesados han tendido que en la guerra no rige el derecho; ni el interno, ni el internacional, ni el natural. Sencillamente la guerra no tiene normas. Menos aún si se la ha ganado. Trataríase de una postura maquiavélica: "De las intenciones de los hombres, y más aún de las de los príncipes, como no pueden someterse a la apreciación de los tribunales, hay que juzgar por los resultados. Cuanto haga un príncipe por conservar su poder y la integridad de sus Estados se considerará honroso y lo alabarán todos, porque el vulgo se deja guiar por las apariencias y sólo juzga por los acontecimientos..." ("El Príncipe", capítulo XIII, traducción del italiano de Luis Navarro, editado por Librería de la Ciudad, de Hernando y Cía. en Madrid, 1895, p. 66).

Según tal punto de vista, la agresión terrorista desató una guerra en la que las Fuerzas Armadas se vieron obligadas a intervenir. Esa guerra se ganó, y en ella no rige ni el derecho, ni la moderación, ni los principios éticos, religiosos o humanos. En la guerra vale todo. La guerra no es justiciable. Y si lo fuera, sólo los vencidos podrían ser sometidos a proceso.

En modo alguno este Tribunal de Justicia puede aceptar semejante proposición, pues es evidente que ella deja de lado toda una tradición jurídica y cultural a la que no han permanecido ajenas las Fuerzas Armadas.

Sostenerla, además, importa la negación de un rasgo esencial del derecho, su plenitud hermética. No puede haber ordenamiento jurídico si sus disposiciones no alcanzan a todas y cada una de las conductas humanas; frente a él, éstas serán necesariamente lícitas o prohibidas. La postulación de una tercera clase sólo encubre una forma torpe de pretender justificación cuando no se encuentra manera jurídicamente posible de fundarla.

No es posible aceptar que el fin justifique los medios ni que todos ellos sean nobles cuando el fin es noble.

Sólo cabe añadir, antes de abordar, el estudio de las normas aplicables, que este Tribunal no tiene otro modo de resolver el caso sometido a su consideración, que a través de la aplicación de las reglas del derecho. Y ello no por negar la gravedad de la guerra revolucionaria y la situación de necesidad que ella acarrea, sino porque el progreso cultural de los pueblos los ha llevado a incorporar la necesidad, las situaciones de excepción, la conmoción interior, la sedición, la guerra misma, al ordenamiento jurídico en vigor, razón por la cual esas circunstancias solamente deben ser enfrentadas dentro de leyes, que no pueden ser ignoradas. Ni en aras de la destrucción de un maligno enemigo. Ni por los vencedores ni por los vencidos, ni por nadie que quiera la vigencia de los valores permanentes de una sociedad, que es el sentido último del derecho como ordenador de la vida en común.

Quizás el camino escogido, impuso el triunfo de las armas con mayor celeridad. Sin embargo, no triunfó el derecho, no triunfó la ley, no triunfó la civilización. Se impuso la fuerza.

Es cierto que los comandantes están en el banquillo de los acusados, pero ello no es por haber obtenido la victoria sino por los métodos empleados para ese fin. No es por haber acabado con el flagelo subversivo. Es por dejarle a la sociedad argentina menoscabados, hasta lo más hondo, aquellos valores que pertenecen a su cultura, a sus tradiciones, a su modo de ser, y que eran, precisamente por los que se combatía.

Vienen al caso las expresiones volcadas por Julio Busquets Bragulat a propósito de los hechos que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial: "...Al concluir la guerra todos estos crímenes recibieron su castigo, con una sola condición: que, hubiesen sido cometidos por los vencidos (...). Por el contrario, ni uno solo de los vencedores fue juzgado. El derecho internacional había dado un paso atrás de dos milenios, y puesto al día la famosa frase de Breno: ¡Ay del vencido!" ("Ética y Derecho de Guerra", en Revista Española de Derecho Militar Nº 21, enero-junio, Madrid, 1966, p. 89).

Sentado cuanto precede, resulta claro que, a los fines de reprimir a los insurrectos, caben dos posibilidades: se aplican las leyes del derecho interno o, en su defecto, las del derecho internacional.

a.1) Derecho interno

En favor de la aplicación del derecho interno para la situación ya descrita por esta Cámara, se pronuncian caracterizados autores. Así, Daniel Antokoletz afirma que, mientras la lucha civil no afecta a gobiernos extranjeros, se rige por el derecho interno (op. cit., T. III, p. 531; en idéntico sentido: Alfred Verdross, op. cit., p. 148; Moyano Crespo, op. cit., p. 73; Nicasio de Landa, "El Derecho de Guerra conforme a la Moral", 3a. edición, Madrid, 1877, p. 22).

En la misma posición puede mencionarse a Luis A. Podestá Costa, quien, en caso de que las partes no luchen abiertamente, sostiene lo siguiente: "Los insurrectos capturados no están estrictamente en la condición ser prisioneros de guerra sino en la de delincuentes apresados, pues al alzarse en armas han cometido un delito y son pasibles de las sanciones establecidas por la ley local" ("Derecho Internacional Público, Tea, Buenos Aires, 1961, T. II, p. 255).

En suma, resulta claro que la doctrina reclama la concurrencia de una circunstancia que no está presente en los sucesos de la causa para la aplicación del derecho internacional. Ella es el reconocimiento de beligerancia. Es por ese motivo que dice el autor citado que el hecho de que el gobierno constituido confiera derechos de beligerancia al partido en armas, significa que reconoce el derecho con que éstos se han levantado contra su autoridad, vale decir, abandona la pretensión de aplicarles las sanciones penales de que se habían hecho pasibles como traidores o como perturbadores del orden público. Y añade: "El movimiento armado deja de ser un delito

para convertirse en un derecho respecto al gobierno constituido, el cual ha de ejercerse de acuerdo con reglas determinadas". Asimismo señala que dicho acto de reconocimiento importa acordar al adversario el ius belli, según el cual los individuos en armas que sean capturados, deberán ser tratados como lo son los prisioneros de guerra y no como delincuentes; podrán celebrar armisticios, recibir parlamentarios, recurrir a represalias o a la retorsión ("Ensayo sobre las luchas civiles y el Derecho Internacional", cit., ps. 173 y 174).

Hechas estas consideraciones, toca examinar cuáles son las normas de derecho interno que se aplican específicamente a la insurrección, lucha civil interna o guerra revolucionaria.

a.1.1) Como resulta obvio señalarlo, rige en primer lugar la Constitución Nacional y las soluciones que ella arbitra para situaciones excepcionales o de conmoción interior.

Al respecto señala Juan A. González Calderón que "la Constitución Argentina ha sido establecida para regir la vida política e institucional de la Nación, tanto durante la paz como en los agitados tiempos de las conmociones interiores y luchas intestinas. El gobierno que ella crea ha recibido de la Constitución todos los medios e instrumentos adecuados para consolidar la paz interior, al decir del Preámbulo, y no puede valerse de los que no autoriza dentro del orden o régimen interno. Lo que procede en caso de conmoción interior, cualquiera que sea, es la declaración del estado de sitio y no el imperio de la ley marcial" ("Curso de Derecho Constitucional", 6ta. Edición, Depalma, 1974, p. 280).

En cuanto al estado de sitio, conviene recordar que se hallaba declarado desde el 6 de noviembre de 1974 por decreto 1368 del Poder Ejecutivo Nacional (B. O. 7 de noviembre de 1974) y se mantuvo vigente en todo el lapso que se juzga,

Al respecto resulta útil precisar el alcance de la disposición del artículo 23 de la Constitución Nacional, que establece que: "en caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará el estado de sitio la provincia o territorio donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

La exégesis que de tal norma ha efectuado la mejor doctrina, ha tendido a la restricción de las facultades del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio; y en cualquiera de las posiciones de los autores se admite que los poderes del Estado siguen funcionando durante el estado de sitio y dicho funcionamiento no puede materializarse de otra manera que dentro del marco constitucional que tienen fijado. Las leyes serán sancionadas de acuerdo a los procedimientos que prescribe la Carta Magna y los tribunales deberán actuar conforme a los códigos procesales y de fonde que rigen su actividad. No podrá decirse, así, que un comisario de policía no requiere orden de allanamiento para penetrar en morada ajena o un oficial de justicia el mandamiento respectivo para efectuar un embargo.

Establecido lo que precede, debe decirse que la actividad que se juzga no puede justificarse por el hecho de que imperara el estado de sitio en el país. El instituto autorizaba a arrestar por orden y a disposición del PEN, pero no a las Fuerzas Armadas, de Seguridad o Policiales, a detener sin proceso; a dañar o robar la propiedad ajena indiscriminadamente; a atormentar a los presos o a tratarlos inhumanamente; a matar. (Confr. Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", ed. Angel Estrada, Buenos Aires, 1897, ps. 267 y 268; González Calderón, op. cit., p. 267; Segundo V. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Edit. Alfa, Buenos Aires, 1956, T. Y, ps. 459 y ss.).

Lo expuesto se entronca con los antecedentes más añejos del derecho patrio. Decía el "Decreto de seguridad individual", dado en Buenos Aires el 23 de noviembre de 1811, que "todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades". Y su último artículo expresaba: "Solo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria podrá el gobierno suspender este decreto mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente a

la Asamblea General con justificación de los motivos y quedando responsables en todos tiempos de esta medida". Y no eran tiempos pacíficos.

Cuéntase también entre los antecedentes vernáculos el instituto del "estado de guerra interno". El 28 de septiembre de 1951, con motivo de un alzamiento militar contra el gobierno nacional, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 19.376/51 que lo imponía, convalidado luego por la ley 14.072. En los considerandos se expresaban las razones que llevaron a dictarlo: "Se trata de un movimiento contra los derechos del pueblo, que pone en peligro la soberanía nacional, la independencia económica, la paz y la tranquilidad del país", en tanto que en su parte dispositiva declaraba "el estado de guerra interno", al par que disponía que "todo militar que se insubordine o subleve contra las autoridades constituidas o participe en movimientos tendientes a derrocarlas o desconocer su investidura, será fusilado inmediatamente".

Resulta necesario poner de resalto que una medida tan drástica como la apuntada fue adoptada por un gobierno constitucional y a cuyo respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la acción de amparo de Alberto Attías, tuvo ocasión de decir que la declaración del estado de guerra -aún en el orden interno del país, en casos de insurrección u otros análogos- es un acto indiscutiblemente político que, a semejanza del estado de sitio o de las intervenciones del artículo 6º, es función privativa de los poderes políticos del gobierno, a los que exclusivamente corresponde su verificación, sin que tales actos puedan supeditarse al examen y aprobación del Poder Judicial (Fallos: 223:206).

Siendo ello así, suponer que el gobierno de facto, que concentró en sus manos las más amplias potestades legisferantes y que, incluso, se arrogó el poder constituyente, no tenía otro modo de combatir el terrorismo que a través de la clandestinidad y la imposición de un terror equivalente, fuera de toda referencia normativa, resulta inadmisibile.

Pero además, existen reglas de primer orden que regulan las competencias de los poderes públicos que se refieren a la guerra o a situaciones excepcionales de conmoción o insurrección interior. Así, la misma Carta Magna establece la facultad del Congreso de autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra o hacer la paz; conceder patentes de corso o de represalias y establecer reglamentos para las presas; fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de guerra y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos; autorizar la reunión de las milicias de todas las provincias o parte de ellas, cuando lo exija la ejecución de las leyes de la Nación y sea necesario contener las insurrecciones o repeler las invasiones y disponer la organización, armamento y disciplina de dichas milicias, y la administración y gobierno de la parte de ellas que estuviese empleada en servicio de la Nación; permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él; declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender dicho estado, declarado durante su receso, por el Poder Ejecutivo (art. 67, incisos 21 a 26).

El Presidente de la Nación, a su vez, es el Comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar y de tierra de la Nación; provee los empleos militares de la Nación por sí solo en el campo de batalla; dispone de las fuerzas militares, marítimas y terrestres y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación; declara la guerra y concede patentes de corso y cartas de represalias con autorización y aprobación del Congreso; declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, pudiendo hacerlo en caso de conmoción interior cuando el Congreso está en receso y con las restricciones del artículo 23 (art. 86, incisos 15 a 19).

a. 1.2) Siguiendo el orden jerárquico normativo resultan de aplicación al Código de Justicia Militar, la Ley de Defensa Nacional y el Código Penal.

El derecho es un orden dispuesto para evitar el caos, que no es un simple desorden, sino que constituye el imperio de la fuerza al margen de toda razón. "Nadie duda de que la guerra genera una situación de necesidad pero tampoco puede dudarse de que una situación de necesidad sólo da lugar a que los resortes jurídicos se ajusten a ella, pero nunca puede hacer que éstos salten hechos trizas y con ello que se opere la desaparición del derecho y se entronice el caos" (Zaffaroni-Cavallero, "Derecho Penal Militar, lineamientos de la Parte General", Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, p. 87).

Explican también dichos autores que dentro y fuera de la guerra suele presentarse no sólo una necesidad terrible, sino una necesidad "terribilísima". Situaciones en las que existe un peligro actual de absoluta inminencia o un mal gravísimo que ya se está produciendo y que es necesario evitar o detener. En esas especiales circunstancias aparece el derecho penal militar arbitrando los recursos de la legislación por bandos y la pena de muerte. La necesidad "terribilísima" da lugar a un derecho penal militar extraordinario, que también puede aparecer en tiempo de paz o en tiempo de guerra, dado que ésta no es la única fuente generadora de aquélla (op. cit. p. 91).

Bueno es destacar que ello no importa un "derecho de excepción" dado que no es una "excepción" a los principios generales del derecho. Ni la situación de guerra ni las conmociones interiores profundas ni las insurrecciones por graves que ellas fueren quedan marginadas del orden jurídico.

Conforme el artículo 133 del Código de Justicia Militar la posibilidad de dictar bandos, fuera de la guerra, para el supuesto de conmoción interior, aparecía consagrada en tanto una necesidad terrible las justifique, y ello ocurriría cuando la conmoción interior alcanzara un grado tal que la autoridad del lugar no pudiera evitar estragos, es decir, que la alteración del orden fuera de tal naturaleza que el peligro de afectación masiva y grave de bienes jurídicos tales como la vida y la propiedad, fuese inminente e inevitable por la autoridad local.

Conviene destacar que los bandos son verdaderas leyes materiales que pueden tipificar delitos e imponer penas, a condición de que ellas se encuentren previstas en el Código de Justicia Militar o en el Código Penal, tanto para militares cuanto para civiles (art. 134, Código de Justicia Militar, confr. Carlos Risso Domínguez, "La Justicia Militar", Imprenta Ferrari Hnos., Buenos Aires, 1939, T. I, p. 181).

También contaba el gobierno militar con la ley de Defensa Nacional 16.970 que disponía "en caso de conmoción interior, sea ésta originada por personas o agentes de la naturaleza, podrá recurrirse al empleo de las Fuerzas Armadas para restablecer el orden o prestar los auxilios necesarios. Para ello, en aquellas zonas o lugares especialmente afectados, podrán declararse zonas de emergencia a órdenes de autoridad militar, para la imprescindible coordinación de todos los esfuerzos" (art. 43).

En conexión con esta última disposición, cabe invocar el artículo 37 del decreto reglamentario 739/67, en cuanto definía la conmoción interior originada por personas como "una situación de hecho de carácter interno, provocada por el empleo de la violencia que ponga en peligro evidente la vida y bienes de la población, el orden público y el ejercicio de las autoridades normales de una zona del país que afecte a la seguridad nacional, de una magnitud tal que las

fuerzas provinciales resulten impotentes para dominarlas y exija la intervención de las autoridades y medios nacionales".

a.1.3) Por último, hállese los minuciosos reglamentos que las propias fuerzas armadas han emitido para atender y regular su intervención en operaciones específicas contra elementos subversivos y fuerzas irregulares.

En tal sentido merece citarse el RC-9-1 del Ejército Argentino, del año 1977, aprobado por el entonces Jefe del Estado Mayor General de dicha fuerza Roberto Eduardo Viola. El capítulo V se destina a operaciones de contrasubversión y analiza detalladamente los objetivos y acciones a desarrollar, los procedimientos y demás aspectos referentes al tema.

Pero lo que resulta de mayor interés es el anexo 1, en el que se consignan cuidadosamente todas normas legales que regulan ese tipo de operaciones, dándose una explicación de cuáles son las facultades en zona de emergencia y fuera de ella, para concluir en el punto denominado "encuadramiento legal de los elementos subversivos" con lo siguiente: "Los individuos que participan en la subversión en ningún caso tendrán estado legal derivado del derecho internacional público. Consecuentemente, no gozarán del derecho a ser tratados como prisioneros de guerra, sino que serán considerados como delincuentes y juzgados y condenados como tales, conforme a la legislación nacional" (p. 173).

De data más antigua es el Reglamento RC-8-2 ("Operaciones contra fuerzas irregulares"), que ya en 1969 disciplinaba los procedimientos para luchar contra el terrorismo, recomendando moderación, definiendo y caracterizando los distintos modos de insurrección de la guerrilla.

Ello sin pasar por alto el RC-16-101, que, en su Capítulo IV, contempla normas de respeto para con los prisioneros, prohibiendo expresamente la tortura física o moral o cualquier otro género de coacción (4.003.2).

Lo hasta aquí expuesto es más que elocuente para afirmar que ningún fenómeno de violencia, por terrible que fuere se evade del marco del derecho. Por lo demás, cabe remitirse a las abundantes citas legales que el Tribunal hiciera al ocuparse del tema de la justificación.

a.2) Derecho Internacional

Vienen de verse las normas del derecho interno que el Tribunal estima eran de aplicación al conflicto en examen, apoyado en calificada doctrina.

Sin embargo, voces autorizadas preconizan la aplicación de las leyes y usos de la guerra internacional. Así, refiriéndose a lo que llama desórdenes internos, a los que asigna distinta gravedad, dice Germán J. Bidart Campos que cuando la emergencia desencadena operaciones bélicas entre el gobierno constituido y los insurgentes, pueden aplicarse las leyes y usos de la guerra, aun cuando el primero considere a los segundos como delincuentes políticos. En ese sentido, añade, las convenciones de Ginebra de 1949 sobre heridos, enfermos, prisioneros de guerra y civiles en tiempo de guerra, disponen que sus normas se extenderán a los conflictos armados que sin carácter internacional ocurran en el territorio de los estados contratantes. Concluye el tópico de esta manera: "Cuando el gobierno ya ha reconocido a las fuerzas opositoras la calidad de beligerantes, o trata a la autoridad rebelde como gobierno de facto; o cuando si llegar a ninguna de esas situaciones debe recurrir a medidas de guerra imprescindibles ante la magnitud del alzamiento de armas, puede hablarse de una guerra civil.

Ya no hay, entonces, delincuentes políticos, sino enemigos de guerra; ambas partes son bélicamente iguales y deben regirse por las leyes y usos de la guerra, como si la contienda fuera internacional" ("Derecho Constitucional", cit. T.I, p.582; en el mismo sentido, Nicasio de Lauda, op. cit., ps.31 y 32).

La guerra, en sus distintos aspectos, ha sido materia de regulación expresa a través de tratados internacionales, a los que nuestro país adhirió. Dicha regulación abarca múltiples aspectos entre los que -en lo que aquí interesa- merecen destacarse los referentes al empleo de medios y en especial el tratamiento de prisioneros.

Por la ley 11.722 se aprobó el "Pacto de Sociedad de las Naciones", firmado en Versalles el 28 de junio de 1919, donde las partes contratantes, a fin de garantizar la paz y desarrollar la cooperación, estipularon hacer reinar la Justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados.

Asimismo, por ley 12.838 del año 1946, se aprobó la "Carta de las Naciones Unidas", firmada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945, entre cuyos propósitos y principios se establece el de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, dignidad y valor de la persona humana y en la igualdad de hombres y mujeres; así como también promover el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. En su artículo 51 se declara que ninguna disposición de la Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, y las medidas que se tomen deberán ser comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad.

Los mismos principios rigen la "Carta de la Organización de los Estados Americanos", firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948, y aprobada por el Estado Argentino por el decreto-ley 328/56. En ella se condena la guerra de agresión, se establece que la victoria no da derechos y se proclaman las garantías fundamentales de la persona humana sin distinciones de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Por otra parte, la Nación Argentina ha ratificado, a través del decreto-ley 14.442 (Boletín Oficial del 20 de agosto de 1956), las convenciones internacionales para la protección de las víctimas de guerra, suscriptas en Ginebra el 12 de agosto de 1949, a saber: a) Convención para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; b) Convención para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; c) Convención relativa al trato de los prisioneros de guerra; y d) Convención relativa a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

A través de estos convenios se revisaron los de Ginebra el 27 de julio de 1929, La Haya del 18 de octubre de 1907, Ginebra de 1906, y se completó el capítulo II del reglamento anexo a los convenios de La Haya de 1899 y 1907 para las partes que también lo fueran de aquéllos, a los que más abajo se hará referencia.

Entre las disposiciones de las cuatro Convenciones citadas, se habrán de mencionar las que reputamos más importantes.

Ellas establecen que estas normas de derecho internacional se aplicarán en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes

Contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas. Igualmente, aunque una potencia no sea parte, la que si lo es, queda obligada a respetar las disposiciones del convenio, siempre que aquélla acepte y aplique sus disposiciones (art. 2 de las cuatro convenciones citadas supra).

Expresamente el artículo 3º de cada una de estas convenciones aludidas, se ocupa de aquellas personas que no se encuentran comprendidas en alguna de las categorías que definen la calidad de prisionero de guerra, estableciendo que en caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada uno de los contendientes, tendrá la obligación de aplicar las siguientes disposiciones: aquellos que no participen directamente en las hostilidades, miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, personas que quedaron fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa, serán en cualquier circunstancia tratados con humanidad, sin desigualdades basadas en raza, color, religión o creencias, sexo, nacimiento, fortuna o cualquier otro criterio análogo; quedando especialmente prohibidas para con estas personas: 1.- los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; 2.- la toma de rehenes; 3.- los atentados a la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes; 4.- las sentencias dictadas y, ejecuciones efectuadas sin previo enjuiciamiento, por un tribunal regularmente constituido y dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Asimismo, se estipula que los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Acto seguido, el artículo 4º del convenio relativo al trato de prisioneros de guerra, citado más arriba bajo el ítem c), define a las personas que a los efectos del convenio, se consideran prisioneros de guerra. Adquieren tal calidad los que habiendo caído en poder del enemigo sean: 1) miembros de las fuerzas armadas, de milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de esas fuerzas armadas; 2) miembros de otras milicias e integrantes de otros cuerpos de voluntarios, incluso la de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una parte contendiente, y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, siempre que llenen las condiciones siguientes: a) que figure a su cabeza una persona responsable por sus subordinados; b) que lleven un signo distintivo fijo y fácil de reconocer a distancia; c) que lleven francamente las armas; d) que se conformen, en sus operaciones, a las leyes y costumbres de la guerra.

Refiérese luego el mismo artículo a otras personas que encuadran en la categoría de prisioneros de guerra. Añade que los heridos, enfermos y muertos de la parte adversaria deben ser identificados, y que los cadáveres antes de ser inhumados o incinerados deberán ser objeto de un examen, si es posible médico, dándoseles entierro honorable.

Corresponde a los comandantes en jefe de cada parte observar la ejecución del convenio, quedando prohibidas las represalias. Se consideran infracciones graves: el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos, experiencias biológicas, causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.

Los prisioneros de guerra se encuentran bajo el poder de la potencia enemiga y no de los individuos o cuerpos de tropa que los hayan aprehendido, siendo aquélla la responsable por el

trato que se les dé. Los cautivos serán mantenidos en un campo de prisioneros bajo el mando directo de un oficial responsable y tendrán, entre otras, las garantías de no declarar si así lo desean, de conservar sus objetos personales y de tener vestimenta, alojamiento y comida.

Asimismo, y también en el orden internacional, debemos tener presente distintas convenciones sobre los medios de la guerra, en las que se pone de resalto que los beligerantes no tienen un derecho ilimitado para perjudicar al enemigo.

Así, entre las más importantes, encontramos: 1º) El Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 sobre el mejoramiento de la condición de los soldados heridos de los ejércitos en campaña; 2º) Otro convenio celebrado en Ginebra el 6 de julio de 1906 sobre el mismo tema; 3º) La declaración de San Petesburgo del 11 de diciembre de 1868, que prohibía el uso de proyectiles inferiores a 400 gramos que sean explosivos o estén cargados de materias inflamables; 4º) El convenio de La Haya sobre reglas de la guerra terrestre estipulado en la primera conferencia de la paz de 1899; 5º) Distintas declaraciones firmadas el 29 de julio de 1899, en La Haya, relativas a las balas explosivas, a gases asfixiantes o deletéreos aplicados al uso del veneno y de material que ocasiona sufrimientos innecesarios, ya vigentes consuetudinariamente, y a proyectiles y explosivos arrojados desde globos; 6º) La segunda conferencia de la paz de la Haya de 1907, que revisó el convenio de 1899, en el que la mayoría de sus disposiciones son declarativas de reglas de derecho internacional consuetudinario en vigor.

Sobre estas últimas, llamadas "reglas de La Haya", por ser las de mayor importancia en su época, corresponde detenerse.

El artículo 22 estipula claramente que el derecho de los beligerantes a emplear medios de perjudicar al enemigo no es ilimitado, y que esta regla no pierde su carácter obligatorio en caso de necesidad. Lo que puede ignorarse en caso de necesidad militar no son las leyes de la guerra, sino sólo sus usos. Los combatientes incapaces por enfermedad o heridas no pueden ser muertos, debiéndoseles dar cuartel (artículo 23, c.). También se prohíbe por este último artículo el empleo de veneno o de armas, proyectiles o material que causen daño innecesario, o impliquen un medio traicionero de matar o herir combatientes.

Finalmente, cabe hacer mención de los artículos 46 y 47, que estipulan expresamente que la propiedad privada no puede ser confiscada y prohíben el pillaje.

Hasta aquí el aspecto puramente normativo de las reglas vinculadas a la guerra.

Pero resulta de mayor interés destacar que en la generalidad de los autores de derecho internacional público es firme la idea de que por ser la guerra un verdadero flagelo, una calamidad, un hecho atroz, ha menester humanizarla, destacando así, como notas comunes: la necesidad de causar el menor daño posible al enemigo; la vigencia, en cuanto sea posible, del principio de humanidad que rige en el derecho internacional público; la adopción de criterios de moderación; la limitación al máximo de los medios de exterminio, vedando algunos especialmente dañosos o innecesariamente agraviantes para el enemigo o las poblaciones civiles; el correcto y adecuado tratamiento a los heridos y prisioneros de guerra, que quedan sometidos a un "status" especial que los hace depender directamente del Estado : bajo cuya bandera se encuentran y no del grupo aprehensor; la restricción de los ataques a las propiedades del enemigo en cuanto sea posible por las necesidades de la guerra; la no imposición de castigos sin sujeción a las leyes militares. En suma, procurar, al máximo, el

imperio de los tratados internacionales de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1958, para que, desde sus principios hasta su terminación quede, como dice Jorge del Vecchio, encerrada en el marco de las instituciones jurídicas ("El fenómeno de la guerra y la idea de la paz", traducción y prólogo de Mariano Castaño. Hijos de Reus, editores, Madrid, 1912, ps. 10, 115 y concs.; confr. también Sun Tzu, "El arte de la guerra", traducción del chino al inglés e introducción de Samuel B. Griffith; versión castellana de Enrique Toomey, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973, Ps. 109, 122, 216 y 217; Montesquieu, "El espíritu de las leyes", ed. cit., Libro Décimo, capítulos II y III, ps. 181 a 184; de Landa, op. cit., p. 26, 31, 32, 34, 35, 138, 170 y 171; Juan Bautista Alberdi, "El Crimen de la Guerra", Edición del Consejo Deliberante en homenaje del autor, Buenos Aires, 1934, p. 137 y "Obras Selectas", "Pensamientos sobre política", Librería "La Facultad", Buenos Aires, 1920, T. XVIII, p. 58; A. Pilet, "La Guerra y el Derecho" (Guerra de 1914-1918), traducción y notas del Doctor Rafael Quintana, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1926, ps. 209 y 210; Alfred Verdross, "Derecho Internacional Público", cit., ps. 84 y 85; Guido Gonella, "Principios básicos para un orden internacional", versión castellana del Doctor Leopoldo Lauridia, Editorial Difusión S.A., Buenos Aires, 1943, p. 74; Hans Kelsen, "Principios de Derecho Internacional Público", cit., ps. 61 a 63; Rafael Moyano Crespo, op. cit., ps. 36 a 39; Ch. Rousseau, op. cita, 391 a 393; Luis A. Podestá Costa, "Derecho Internacional Público", cit., T. II, ps. 63, 87, 90 y 91; Antokoletz, op.cit., T.III, ps.346 y s.s.; Oppenheim, "Tratado de Derecho Internacional Público", Séptima edición inglesa a cargo de H. Lauterpacht, Traducción al español por Antonio Marín López, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, T.II, ps.344 y s.s., 372 y s.s.; Eduardo de No Louis, "El Código de Justicia Militar español y los prisioneros de guerra", artículo publicado en "revista española de Derecho Internacional", Vol. V, núm.3, Madrid, 1952, ps.839 y s.s.; Alfredo Martínez Albiach, "Hacia una teoría sobre las represalias", en revista Española de Derecho Militar, Nº 21, Madrid, enero-junio de 1966, ps.53 y s.s.; A.Hernández Medina, S.J., "Doctrina Moral sobre la Guerra", en Universitas, Ciencias Jurídico-Sociales y, Letras, Bogotá, 1954, nº 6, ps.23 y s.s.; Julio Busquets Bragulat, op. y loc.cit.).

Es dentro de ese marco de humanización que el Concilio Vaticano II se expresa sobre el tema: "Existen sobre la guerra y sus problemas varios tratados internacionales, suscriptos por muchas naciones, para que la acción militar y sus consecuencias sean menos inhumanas; tales son los que tratan del destino de los combatientes heridos o prisioneros y otros por el estilo. Hay que cumplir estos tratados; es más, están obligados todos, especialmente las autoridades públicas y los técnicos en estas materias, a procurar cuanto puedan su perfeccionamiento, para que así se consiga mejor y más eficazmente atenuar la crueldad de las guerras" (Concilio Vaticano II, Constituciones. Decretos. Declaraciones. Documentos pontificios complementarios., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLXVI (79.). Ello así, porque "La complejidad de la situación actual y el laberinto de las relaciones internacionales permiten prolongar guerras disfrazadas con nuevos métodos, insidiosos y subversivos. En muchos casos se admite como nuevo sistema de guerra el uso de métodos del terrorismo. Teniendo presente esta postración de la humanidad, el Concilio pretende recordar ante todo la vigencia permanente del derecho natural de gentes y de sus principios universales. La misma conciencia del género humano proclama con firmeza, cada vez más, estos principios. Los actos, pues, 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 los acatan. Entre estos actos hay que enumerar ante todo aquéllos con los que metódicamente se extermina a todo un pueblo, raza o minoría étnica. Lo cual hay que condenar con energía como crimen horrendo; se ha de encomiar, en cambio, al máximo, la valentía de los que no temen oponerse a los que

ordenan semejante: cosas" (loc.cit.). Ello así para que se hagan efectivas las expresiones conciliares de la "Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo actual": "Cuanto atenta contra la vida (...) cuanto viola la integridad de la persona humana, como, por ejemplo, las mutilaciones, las torturas morales o físicas, los conatos sistemáticos para dominar la mente ajena; cuanto ofende a la dignidad humana, como son las condiciones infrahumanas de vida, las detenciones arbitrarias, las deportaciones (...) todas estas prácticas y otras parecidas son en sí mismas infamantes, degradan la civilización humana, deshonran más a sus autores que a sus víctimas y son totalmente contrarias al honor debido al Creador" (27.).

b.) Otras opiniones.

Hasta aquí las normas que resultan aplicables para regular tanto los conflictos armados locales de características insurreccionales, cuanto las guerras internacionales.

Las referencias brindadas permiten reafirmar sin la menor hesitación que detrás de tales conflictos siempre está vigente el orden jurídico nacional o internacional, captando y regulando el fenómeno, sin que de ellos quepa evadirse bajo ninguna forma.

Cabe preguntarse si esta asersión también es válida para lo que se ha dado en llamar guerra revolucionaria, que ya ha sido caracterizada.

Señaladas opiniones han dado sus respuestas afirmativas. Robert Thompson, sostiene que, si bien los insurgentes están empeñados en una guerra total, en la cual todas las armas pueden usarse contra cualquier blanco pues, como dijo Mao, no hay lugar para "escrúpulos estúpidos acerca de la benevolencia, la corrección y la moral en la guerra", el gobierno que se encuentra frente a tal conflicto tiene que actuar en forma limitada. Y esta es su conclusión: "Para el rebelde comunista no cuentan los obstáculos, ni siquiera la liquidación, antes o después de la victoria, de partes enteras de la población, porque para él, el fin justifica los medios. No tiene que tomar en cuenta el juicio de la opinión mundial porque la victoria llevará a su país detrás de la cortina de hierro. Pero el gobierno tiene que cargar con sus responsabilidades y presentarse al mundo entero a plena luz" (op.cit., ps.37 y 38).

En un sentido sustancialmente coincidente se inscriben las reflexiones del General Osiris Guillermo Villegas, quien, con relación a la réplica militar a la subversión, recomienda como acción gubernamental aplicar con firmeza, pero con equidad, el rigor de la legislación represiva, especialmente cuando ha sido adecuada al ambiente insurreccional. Aconseja evitar los excesos de violencia o reacciones incontroladas en la represión, que sólo sirven para impedir o dilatar la reconciliación y concordia.

En virtud de ello es que asevera: "si las Fuerzas Armadas están bien instruídas y educadas, bien equipadas y comandadas por un excelente cuerpo de cuadros superiores y subalternos, con vocación democrática, a pesar de todas las bandas rebeldes que afloren en, el territorio nacional, serán capaces de reducirlas totalmente, restaurar la tranquilidad y el orden, aún cuando todas las otras condiciones sean favorables a la revolución" ("Guerra revolucionaria comunista", Círculo Militar, Buenos Aires, 1962, p.211 y 212).

De un contenido equivalente resulta lo expuesto sobre el particular por el General Alberto Marini, en cuanto aborda el tema de la guerra subversiva y revolucionaria desde distintos ángulos. Tras explicar la inspiración ideológica y las distintas fases en que aquélla se

desarrolla, se refiere específicamente al trato que debe concederse a los combatientes y cuáles son las normas, en su opinión, que deben aplicárseles.

Vale la pena transcribir algunas partes de su obra: "no pueden ser juzgados por delitos comunes, ni por delitos políticos, porque sus finalidades están respondiendo a un objetivo de la conducción superior, y porque los hechos no se producen por su voluntad, sino porque se limitan a cumplir órdenes como combatientes de su célula u organización, de la misma manera que un oficial o soldado sirve en su cumplimiento a una orden militar en la guerra clásica o regular".

"La guerra subversiva -añade- provee combatientes de una naturaleza distinta de la guerra convencional, y por tal razón se deberá adaptar y ajustar la legislación correspondiente de los pueblos para que sirvan a las necesidades de su propia seguridad nacional. Estos prisioneros de guerra serán ajustados a las leyes del Derecho Internacional, a las convenciones de Ginebra, y a las de La Haya, en función del tratamiento; pero también, dada su especial situación, serán recluidos en centros de recuperación y trabajo, sobre la base de un equipo de seguridad y otro científico para la recuperación del hombre y su interioridad". Dentro del mismo orden de ideas expone que el considerar a los terroristas y guerrilleros como prisioneros de guerra y bajo régimen militar, cubrirá con su legislación a todas las etapas de la subversión y se tendrán en cuenta las características de la personalidad del combatiente clandestino, procurando su reeducación y su posterior ingreso a la sociedad.

Resume el área de lo jurídico: "...poniendo en vigencia la legislación de tiempo de guerra, y considerando a los que intervengan en la subversión como prisioneros a los que se debe aislar, reeducar y restituir a su tiempo a la sociedad, por tratarse de una reintegración del mismo pueblo a la comunidad" ("Estrategia sin tiempo", Circulo Militar, Buenos Aires, 1971, ps.262a 264).

Es interesante, por fin, señalar que aún para la óptica más extrema que consiente el uso de la tortura sin ambages y hasta la preconiza, se la supedita a límites precisos. Tal el caso de Brian Crozier, para quien, en ciertos casos, la justificación de la tortura se encuentra doblemente limitada. En un aspecto, como surge del contexto de su libro y de los ejemplos que suministra, podría sostenerse que se está en presencia de situaciones de estado de necesidad justificante o disculpante, pues alude al sacrificio de un bien menor en aras de la salvación de muchas vidas (Vid."Teoría del conflicto", cit., ps.221 a 223). En otro, porque ella es francamente selectiva al procurar un fin posiblemente necesario, como recién se ha dicho, y porque comprende solamente un número limitado de prisioneros, en el caso de que se ocupa.

5) Conclusión.

Se han estudiado las conductas incriminadas a la luz de las justificantes del Código Penal, de la antijuricidad material y del exceso.

Se ha recorrido el camino de la guerra. La guerra civil, la guerra internacional, la guerra revolucionaria o subversiva.

Se han estudiado las disposiciones del derecho positivo nacional; analizado las reglas escritas del derecho de gentes; consultado la opinión de los autores de derecho constitucional, de derecho internacional público, de los teóricos de la guerra convencional y de los ensayistas de la guerra revolucionaria. Se han mentado los usos de la guerra impuestos por la costumbre de

los pueblos civilizados. Se ha aludido a las normas de la ética. Se han atendido las enseñanzas de la Iglesia Católica.

No se ha encontrado, pues, que conserve vigencia ni una sola regla que justifique o, aunque más no sea, exculpe a los autores de hechos como los que son la materia de este juicio. Ni el homicidio, ni la tortura, ni el robo, ni el daño indiscriminado, ni la privación ilegal de la libertad, encuentran en esas leyes escritas o consuetudinarias o en esos autores una nota de justificación, o de inculpabilidad.

Los hechos que se han juzgado son antijurídicos para el derecho interno argentino. Son contrarios al derecho de gentes. No encuentran justificación en las normas de cultura. No son un medio justo para un fin justo. Contravienen principios éticos y religiosos.

Empero, si el Tribunal ha seguido un largo recorrido para llegar a esta conclusión no es en virtud de que, por vías más simples, no se pudiera llegar al mismo resultado.

Posiblemente, de no haber mediado insalvables argumentos defensivos, el análisis de las causas de justificación a la luz de las circunstancias del caso -habida cuenta que el problema de la guerra pudo haberse abordado dentro del art. 34, inciso 4º, como cumplimiento de la ley- podría haber agotado el tema de la antijuricidad.

Sin embargo, como se ha dicho, el empeño de las defensas en aludir al derecho en ciertas circunstancias y ponerse totalmente fuera de él en otras, sobre la base de que existió una guerra, obligó al Tribunal a contemplar las cuestiones que preceden.

Pero debe reiterarse algo que esta Cámara expresó en el curso de este capítulo.

Se han seguido líneas que trazaron los señores defensores, pues es función de un tribunal de justicia dar respuesta a los aspectos más salientes de los planteamientos que se le presenten en ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio, y se ha hecho alusión a normas metajurídicas, dando respuesta en todos los terrenos a las observaciones que se efectuaron.

No obstante, debe quedar sentado con absoluta claridad, que la decisión del Tribunal, en este aspecto, sólo se apoya en el orden jurídico argentino vigente. El lo autoriza a afirmar, más allá de toda duda, que los hechos que configuran el objeto de este juicio, son contrarios a derecho.