

## **S E P T I M O**

### **De la participación**

#### 1.- Los hechos probados

Según ha quedado acreditado en la causa, en una fecha cercana al 24 de marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del Gobierno, algunos de los procesados en su calidad de Comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad; realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.

Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente.

Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno.

También ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado.

#### 2.- El planteo de las partes

Se trata ahora de establecer si los procesados que emitieron tales órdenes son o no responsables, y en su caso bajo qué forma, de los delitos que imputa la Fiscalía, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos ha realizado personalmente las acciones descriptas en los respectivos tipos penales.

El Fiscal afirmó que las órdenes impartidas prescribieron la realización de secuestros, la aplicación de tormentos y la eliminación física de una vasta cantidad de personas definidas vagamente sobre la base de la genérica categoría de "subversivos". Asimismo, tales órdenes importaron la aceptación de que en el ámbito operativo en que debían ejecutarse habían de cometerse otros delitos como robo, abortos, violaciones y supresión del estado civil de menores.

Con apoyo en esas premisas, el Ministerio Público consideró que los enjuiciados han sido autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, pues dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito. Entendió el acusador que la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del art. 514 del Código de Justicia Militar, como de la última parte del art. 45 del Código Penal en cuanto extiende la pena prevista en el delito a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo.

Por su parte, las defensas expusieron, sustancialmente, las siguientes objeciones al planteo fiscal:

- a) Que el Código Penal Argentino no se adecua a la teoría del dominio del hecho como criterio fundamentador de la autoría, sino a la teoría formal-objetiva, punto de vista que conduce a que sólo puede ser considerado autor quien haya ejecutado la acción típica.
- b) Que la legalidad del delito y de la pena perderían estabilidad si pudiera definirse a la autoría fuera de los contornos del tipo.
- c) Que la autoría, mediata resulta inaplicable cuando el instrumento es responsable, pues allí no puede decirse que quien está detrás del autor directo tiene el dominio del hecho.
- d) Que la teoría del aparato organizado de poder fue concebida para un supuesto fáctico distinto del que se juzga en esta causa que ha sido muy resistida por la doctrina por los problemas que genera su aplicación a todas las personas que se encuentran entre el que ordenó y el ejecutor.
- e) Que tampoco los procesados son instigadores de los delitos cometidos pues habría que sujetarse a los principios de la accesoriedad de la participación, los que se encuentran ausentes en el caso.

Debe dejarse aclarado, que los hechos juzgados en esta causa son absolutamente inusuales. Lejos de ser común, resulta una circunstancia extraordinaria que autoridades públicas decidan combatir peligrosas formas de delincuencia utilizando los mismos métodos que el de los criminales que persiguen, apartándose de toda norma legal desatando una indiscriminada represión que ha originado la muerte, luego de sufrir salvajes torturas, de miles de personas.

Tampoco es ordinario que se utilice el aparato estatal no sólo para cometer, sino también para ocultar los crímenes cometidos, negando su existencia y, dando una apariencia de normalidad legal que contrastaba brutalmente con la realidad de lo que sucedía. Por tanto, cabe atender a la superación de muchos criterios corrientes, concebidos para resolver casos individuales pero inaplicables a los sucesos excepcionales que nos ocupan.

### 3.- El derecho aplicable

Frente a la postura del acusador y a la réplica de las defensas, corresponde esclarecer, en primer lugar, cuáles son los criterios usuales para distinguir entre las personas que intervengan en el delito, y luego determinar las normas de derecho positivo que resultan de aplicación al caso.

a) La tesis del concepto único del autor, según la cual toda contribución causal al resultado típico importa autoría (seguida por el art. 110 del Código Italiano), no encuentra en la actualidad adherentes, pues se está de acuerdo en la necesidad de diferenciar el papel que cumplen las personas que concurren a la comisión de un delito. En este sentido, se separan los roles que se entienden centrales (autor y coautor), de los que se consideran accesorios de éstos (cómplices o instigadores).

Partiendo de la idea de que era posible seleccionar en el plano causal, dentro de todas las condiciones del resultado la que lo había "causado", aparecieron en el siglo pasado distintas teorías que sostenían que autor era el que había puesto la "causa", mientras que el partícipe sólo había colocado una "condición". Estas teorías reconocen una naturaleza objetiva-material, pues analizan aspectos externos de la conducta sobre la base de criterios materiales.

Sucedió a estas concepciones la llamada teoría formal-objetiva, que ve como autor a quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las conductas descriptas en los tipos penales; las demás personas que intervengan en el delito son sólo cómplices o instigadores.

La denominada teoría subjetiva (largamente seguida por la jurisprudencia alemana) intentó efectuar el deslinde entre autor y partícipe no ya por su aporte objetivo, sino por la dirección de su voluntad. Será así autor quien obre con "animus auctoris" y partícipe el que lo haga con "animus socii".

Todas estas teorías han sido objeto de graves críticas. Respecto de las antiguas materiales-objetivas, pese a que tuvieron gran influencia en muchos códigos penales, se las ha desechado por su indeterminación e imprecisión acerca de que debía entenderse por causa del resultado (v. Gimbertnat Ordeig, Enrique "Autor y cómplice en el derecho penal", Madrid 1966, pág. 115 y sigts. ), .sin que la alusión a ciertas expresiones como "eficaz", "inmediata", "directa", "hábil", ayudara a superar el obstáculo. La forma-objetiva, que tuvo muchos seguidores en sus inicios, ha sido descartada ante la incapacidad en que se encuentra para fundar razonablemente los casos de autoría mediata, es decir cuando alguien se vale de otra persona - que actúa como instrumento- para realizar la acción típica, y aquéllos supuestos de coautoría por división de funciones en los que alguno de los concertados no ejecute actividad típica. Por último, la teoría subjetiva ha sufrido importantes objeciones, al considerarse que importa una extensión indebida del concepto de autor que afecta la función de garantía del tipo penal, dado que la sola actividad interior del autor no puede sustituir la realización de la acción ejecutiva del delito (v. entre muchos, Jescheck, Hans Heinrich "Tratado de Derecho Penal" trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1981, vol. II, pág. 896; Bacigalupo, Enrique "Manual de Derecho Penal", Bogotá 1984, pág. 183).

Puede hoy considerarse dominante en doctrina la concepción del dominio del hecho, como idóneo para caracterizar al autor. Prescindiendo de sus antecedentes (Hegler, Bruns, von Weber, Schmidt) se indica a Hans Welzel como quien desarrolló más firmemente su contenido (conf. Roxín Claus "Täterschaft und Tätherrschaft", 1975, pág. 60 y sigts.). Autor

es, según Welsel, aquél que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo (conf. "Derecho Penal Alemán", trad. Bustos Ramírez Yáñez Pérez, Santiago 1970, pág. 143), quien dolosamente tiene en sus manos el curso del suceso típico, esto es, no la voluntad del dominio del hecho, sino el voluntario moldeado del hecho (conf. Maurach, Reinhart, trad. Córdoba Roda, Barcelona 1962, T.II pág. 343).

En la República Argentina, si bien un número importante de autores siguió los lineamientos de la teoría formal-objetiva en materia de autoría (v. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Bs. As. 1978, t.II, pág. 244; Núñez, Carlos "Derecho Penal Argentino", Bs. As. 1960, t. II, pág. 280; Fontán Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal", Bs. As. 1966, pág. 414; Jiménez de Asúa, Luis "La ley y el delito" Bs. As. 1980, pág. 501; Terán Lomas, Roberto "Derecho Penal", Bs. As. 1980, t. II pág. 147; Fierro, Guillermo "Teoría de la participación criminal" , Bs. As. 1964, pág. 211), se advierte un notable giro de la doctrina más moderna hacia la teoría del dominio del hecho lo que permite suponer su definitiva aceptación, especialmente en punto a la autoría mediata, (conf Bacigalupo, Enrique "La noción de autor en el Código Penal" Bs. As. 1965, pág. 45; Tozzini, Carlos "El dominio final de la acción en la autoría y en la participación", en Revista de Derecho Penal Criminología 1968 N° 3, pág. 81; Herrera, Lucio Eduardo, "Autoría y participación", en Revista de Derecho Penal y Criminología 1971, N° 3, pág. 342; Sierra, Hugo M. "La autoría mediata", en La Ley 1978-B-789; Zaffaroni, Eugenio "Tratado de Derecho Penal" Bs. As. 1982, t. IV, pág. 305).

b) Sentado lo expuesto, cabe ahora examinar las normas legales que resultan de aplicación, a fin de determinar con cuál de los criterios enunciados mejor se compadecen.

Los hechos que se juzgan en esta causa son de jurisdicción militar (art.108 del ordenamiento castrense y art. 10 de la ley 23.049), por lo que corresponde analizar la responsabilidad de los procesados a la luz de las disposiciones del código de Justicia Militar.

El art. 513, alojado en el capítulo II "Complicidad" del Título I, del Libro I, del Tratado III, de ese ordenamiento, dispone que en los delitos de jurisdicción militar, la participación sera considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas infracciones.

De seguido, al art. 514 trae una norma específica que hace excepción a la remisión genérica del artículo anterior. Dice así el aludido texto legal: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden".

Al establecer que en los delitos cometidos en la ejecución de una orden de servicio el único responsable es el superior que la dio, la ley, está dando a éste el carácter de autor, ya que no puede haber delito sin autor.

Este concepto de autoría de la ley militar no sigue los lineamientos de la teoría formal-objetiva, toda vez que el superior no realiza ningún acto ejecutivo del tipo penal. Mas bien, adopta un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar.

El estricto cumplimiento de las órdenes hace a la esencia de la institución militar, cuya peculiar estructura y funcionamiento depende de la cabal obediencia del inferior jerárquico y del férreo mantenimiento de la disciplina como valor fundamental.

Así, el art. 7° de la ley 19.101 determina como deber esencial impuesto por el estado militar, el ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que a cada grado correspondan, y el art. 12 regla la superioridad militar en razón de cargo, jerarquía o antigüedad.

Por su parte, el N°1 de la Reglamentación de Justicia Militar (R.V. 110/10) dispone que la superioridad militar puede ser de grado o de mando (inciso 1°), y que la superioridad de mando establece el respeto y la obediencia del subordinado (inciso 2°).

La seguridad de que la orden va a ser obedecida se refuerza con sanciones a quien no lo haga (delitos de insubordinación -art. 667- y de desobediencia -art. 674-), y con la prescripción del art. 675 en cuanto estatuye que: "Ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar".

Si el deber de obediencia pudiera quedar paralizado por una reclamación, el mando carecería de eficacia y pasaría a depender de la voluntad del inferior quedando destruída toda disciplina (conf. Colombo, Carlos J. "El Derecho Penal Militar y la Disciplina", Bs. As. 1953 pág. 142).

Es decir, sobre la base de que en el ámbito militar las órdenes se cumplen de modo cierto, el art. 514 del Código de Justicia Militar, norma que no ha recibido objeción constitucional alguna, consagra legislativamente un supuesto de autoría mediata.

Dicha disposición supone, asimismo, enrolarse en el criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación, pues se parte de la base de que el superior que imparte una orden que será obedecida domina el curso causal del suceso, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del tipo penal de que se trate, cuya ejecución está a cargo del subordinado.

Esta norma no es tampoco novedosa en el ámbito del derecho penal militar argentino, pues el art. 6° del Código Penal Militar de 1895 decía que: "cuando haya sido violada una ley penal por la ejecución de una orden del servicio, el jefe militar que hubiera dado la orden será el único responsable...".

Un texto similar registraba el art. 523 del Proyecto de Código de Justicia Militar de 1913, redactado por los Diputados, Manuel Gonnet, Alfredo Palacios y Vicente Gallo.

De igual modo, el inciso 2°, párrafo 2°, del art. 569 de la ley de Disciplina Militar, cuyo proyecto enviara al congreso en 1926 la Auditoría General de Guerra y Marina a cargo de Carlos Risso Dominguez, debajo del epígrafe de la obediencia debida traía una redacción muy parecida al actual 514.

Atribuir la responsabilidad como autor, por el delito cometido por el subordinado en relación con una orden del servicio, no es una tesis original del derecho argentino. Por el contrario, se encuentra recocida en otras legislaciones con tal uniformidad que se ha convertido en una regla pacíficamente admitida.

El párrafo 47 del Código Penal Militar Alemán de 1872 fue la fuente directa del citado artículo 6º del Código de 1895. Posteriormente, el párrafo 47 del Código de 1940 (MilStGB) estableció que si por la ejecución de un "mandato en materias del servicio se lesiona una ley penal, sólo es responsable el superior...". Los autores no dudaron en considerar que se estaba frente a un supuesto de autoría mediata (v. von Liszt, Franz "Tratado de Derecho Penal", trad. Jiménez de Asúa, Madrid, Ed. Reus, 3ra. edición, T. III, pág. 82 y T. II, pág. 360, nota 1; von Beling, Ernst, "Esquema de Derecho Penal", trad. Soler, Bs. As. 1944, pág. 70; Sauer, Guillermo "Derecho Penal", trad. del Rosal y Cerezo, Barcelona 1956, pág. 318).

Luego de la mención de la Ley del Soldado de 1956 (Soldatengesetz) en cuyo párrafo 10, inc. 1º se atribuye responsabilidad al superior por la órdenes impartidas y de la ley penal militar (WstG) de 1957, que contiene similar disposición en su párrafo 33, la doctrina entiende que el superior será autor mediato o instigador según el caso (conf. Welzel, Hans ob, cit. pág. 149; Maurach, Reinhart, ob. cit., pág. 73; Jescheck, Hans ob, cit. pág. 926).

Una inequívoca redacción que apunta a la autoría mediata del superior tiene el art. 16 de la ley de Organización Judicial y de Competencia Militar de Bolivia de 1904, y el art. 14 del Código de Justicia Militar de Perú de 1963. Ambos preceptos rezan así: "son autores: 1) los que personalmente cometen o pertrean el hecho criminal; 2) los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros".

Tanto el art. 28 del Código Penal Militar del Brasil de 1914, como el art. 38 del Código del mismo país que los sustituyó en 1970, establecen la responsabilidad de quien dio una orden en materia de servicio que originó la comisión de un crimen.

El art. 394 del Código de Justicia Militar de Venezuela de 1938, y el art. 18 del Código Penal Militar de Suiza de 1927 estatu en un regla similar al art. 514 de nuestro ordenamiento, en punto a la autoría del que ordenó. Otro tanto ocurre con el art. 14 del Código de Justicia Militar de Chile 1925.

El Código de Justicia Militar de Colombia de 1958, en su art. 25, dispone que en los casos de coacción (art. 22, inc. 1º) y en los de orden obligatoria de autoridad competente (art. 24, inc. 1º), será responsable el que determinó a otro a obrar.

El art. 31, párrafos 2 y 3 del Código Penal de Turquía de 1930, en caso de delito por orden del servicio atribuye el hecho a quien dio la orden (conf. Sahir, Erman, "Los delitos militares en el Derecho Turco" en Revista Española de Derecho Militar N° 23, 1967, págs. 62 63).

El art. 40 del Código de Justicia Militar para tiempo de paz de Italia de 1941, en lo pertinente, dispone: "si un hecho que constituye delito es cometido por orden superior o de otra autoridad, responde siempre del delito quien haya dado la orden...".

Esta ligera revista de otras legislaciones, demuestra la afirmación hecha más arriba en cuanto al alcance del artículo 514 del Código de Justicia Militar.

c) Por otra parte, la responsabilidad como autor de quien emite una orden que determina la comisión de un delito, nunca ha sido novedoso.

Así con respecto al Derecho Romano es conocida la regla de Ulpiano de que quien mandaba cometer un homicidio respondía como si él lo hubiera ejecutado ("mandator coedis pro

homitida habetur" ). Además, cuando un esclavo cometía algún delito por mandato de su señor, ambos eran considerados autores del delito (v. Mommsen, Teodoro "El Derecho Penal Romano", trad. Dorado, Madrid sin fecha, T. II, pág. 208).

El número XII del Título V del Libro VI del Libro de los Jueces ("Liber Iudiciorum" o "Fuero Juzgo"), disponía, "...el que manda o conseia fazer omezillio, es mas enculpado que aquel que lo faze de fecho, por ende establecemos especialmiente que si el siervo dize que so sennor le mandó matar...deve recibir c.c. azotes... é los seniores que lo mandaron fazer deven seer descabezados..." (v. Dobranich, Horacio "El Derecho Penal en el Fuero Juzgo", J. A. sección doctrina, Tomo XII, 1924, pág. 63). En las partidas (ley X, Título IX, Partida VII) se puede encontrar la siguiente regla "... E deven fazer esta enmienda también los fazedores de la deshonra, o del tuerto, como aquellos que gelo mandaron..." (cit. por Pacheco, Francisco "El Código Penal", Madrid 1881, T. I, pág. 257).

Los prácticos también indicaron que el que ordena un delito debe considerarse autor, puesto que es su causa próxima (Próspero Farinaccio y Julio Claro, cit. por Tejedor Carlos "Curso de Derecho Criminal", Bs. As. 1871, pág. 29).

El Derecho Canónico no resulta tampoco ajeno a estas ideas, pues el canon 2209, parágrafo 3, dice: "No sólo el que manda, que es el autor principal del delito, sino también los que inducen o de cualquier manera cooperan en su consumación contraen una imputabilidad que no es menor que la del mismo ejecutor del delito...", Según enseña Tomás García Barberena (v. "Comentarios al Código de Derecho Canónico", Madrid 1964, T. IV, pág. 267), muchos cánones penales contienen sanciones idénticas para el mandante y para el ejecutor.

#### 4.- Las órdenes del servicio

Las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio, en el sentido del art. 878 del Código de Justicia Militar, y con el alcance otorgado a esta expresión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. Fallos; 200:69; 242:136; 250:22, entre muchos otros). Por esta razón, dichas órdenes se hallan comprendidas en el art. 514 del Código citado.

En efecto, los procesados se encontraban en el pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad ésta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales.

Resulta oportuno recordar lo afirmado el 30 de mayo de 1893 en el caso del subteniente del Ejército José Fernández Castro, procesado por haber ordenado a soldados bajo su mando dar muerte a dos presos que habían intentado fugar de la penitenciaría de la Ciudad de Mendoza. El Procurador General, Dr. Sabiniano Kier, afirmó en su dictamen que: "No es lo mismo el homicidio, el robo, la violencia y todos los actos criminosos que un militar puede consumir en carácter privado, aún estando en servicio, que al homicidio, la violencia, etc., que ese mismo militar puede concretar con motivo del mando que desempeña en servicio activo...la autoridad pública la confería...facultades especiales para usar de la fuerza puesta a sus órdenes al efecto. Si usaba o abusaba de esa fuerza y autoridad militar, si en vez de limitar su uso a lo debido, iba hasta el crimen, siempre resultan hechos incriminados a un militar con ocasión del

servicio.." (conf. Fallos: 52:211 espec. fs. 225; en similar sentido ver Fallos: 4:225; 27:110; 100:233).

Por lo demás, lo expuesto se encuentra corroborado por lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en fecha próxima (v. G.134, L.XX, causa. "Giorgi, Alfredo A.", sentencia del 16 de mayo de 1985).

#### 5.- La autoría mediata

Reiterando lo dicho hasta ahora, el art. 514 del Código de Justicia Militar prevé un supuesto de autoría mediata para quien ordena a su subordinado la comisión de un delito.

a) Ahora bien, la doctrina está en general de acuerdo con asignar el nombre de "autor mediato" al que se vale de persona para ejecutar la acción típica. Salvo en algunos casos (v. Bettiol, Giuseppe "Derecho Penal" trad. Pagano, Bogotá 1965, pág. 518; Maggiore, Giuseppe "Derecho Penal" trad. Ortega Torres, Bogotá 1972, vol. II, pág. 129; Cuello ??lón, "Derecho Penal", Barcelona 1975, t. I, vol. II pág. 646; Autón Oneca, José "Derecho Penal", Madrid 1949, t. I, pág. 436), nadie discute hoy la necesidad de la categoría; aún los representantes más conspicuos de la teoría formal objetiva aceptan la figura del autor mediato (v. von Beling, ob. cit., pág. 70; von Liszt, ob. cit., pág. 80), bien que extendiendo el concepto de "ejecución" sobre la base del "uso verbal corriente", recurso este que invalida la esencia de la doctrina que sustentan.

La forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del "dominio de la voluntad" del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios.

En qué casos el autor mediato sigue dominando verdaderamente el hecho, o cuándo esta circunstancia pasa a ser del dominio exclusivo del ejecutor, es algo sumamente discutido. Esto conduce a que no haya acuerdo acerca de los supuestos que constituyen autoría mediata, esto es, si la persona que actúa como instrumento puede hacerlo por error de tipo, justificadamente, siendo inimputable, o aún, bajo alguna causa de inculpabilidad.

El aspecto medular de la cuestión radica en que a mayor ámbito de libertad del ejecutor, menor será el dominio del hecho de quien actúa por detrás. Esta idea es la que conduce a afirmar que la autoría mediata termina allí donde hay un autor plenamente responsable (conf. -Jeschek, ob. cit., vol II, pág. 920; Wessel, Johannes "Derecho Penal", trad. Finzi, Bs. As. 1980, pág. 160), pues en esos casos no puede sostenerse que el que impulsó la acción domine el curso del suceso.

En tal hipótesis no habrá autoría mediata, sino instigación. La relevancia de la distinción se concreta, primordialmente, en el comienzo de ejecución. Si hay autoría mediata la ejecución comienza con la determinación a obrar, si hay instigación el delito comenzará a ejecutarse con la acción del instigado.

No obstante lo expuesto más arriba, se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según Claus Roxin (ob. cit., pág. 242 y sgts. ; también en "Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal", en "Problemas actuales de las



ciencias penales y la filosofía del derecho", Bs. As. 1970, pág. 59 y sgts.), junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total.

Participan de este criterio, Stratenwerth (Günter, "Derecho Penal", trad, G. Romero, Madrid 1982, pág. 242), Schmidhäuser (Eberhard, "Strafrecht" Allgemeiner Teil, Tübingen 1970, pág. 299) y Jäger ("Verbrechen unter totalitärer Herrschaft", 1967, pág. 166 cit. por Zaffaroni, ob. cit., pág. 317 nota 63). Entre nosotros, Bacigalupo (Manual... " cit., pág. 196) y Sierra (art. cit.). Por su parte, Jescheck (ob. cit. pág. 928) piensa que se trata de un caso de coautoría.

b) Enunciadas estas pautas fundamentales, corresponde ahora retornar al tantas veces; citado art. 514 del Código castrense, para determinar su incidencia en la solución de la causa.

La razón por la que dicha norma legal exime de responsabilidad al subordinado por el delito cometido por orden del servicio, no es otra que la aplicación del principio de "obediencia debida".

Pocos temas en el Derecho Penal han suscitado tan intensa polémica como la obediencia jerárquica o debida quizás porque incluye en su génesis un dilemático conflicto entre bienes valorados por la sociedad. De todas maneras, cualquiera sea el lugar que se quiera asignar a esa causal de impunidad: atipicidad, justificación, inculpabilidad por error, por coacción o por constituir una causal autónoma (v. Soler, Sebastián "La naturaleza jurídica de la obediencia debida", IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal, 1976, "Cuadernos de los Institutos", N° 135, pág. 31 y sgts.; De Rivacoba y Rivacoba, Manuel "La obediencia jerárquica en el Derecho Penal", Valparaíso 1969, pág 65 y sgts.; Fierro, Guillermo "La obediencia debida en el ámbito penal y militar", Bs. As. 1984, pág. 155 y sgts.; Ramayo, Raúl "La obediencia debida en el Código de Justicia Militar", Boletín Jurídico Militar N° 14, 1972, pág. 9 y sgts.; Rodríguez Devesa, José María "La obediencia. debida en el derecho penal militar", "Revista Española de Derecho Militar", 1957, N° 3, pág. 72 y sgts.), Lo cierto es que en todos los casos se trataría de un ejecutor no responsable.

Por tanto, si se siguiera la tesis de que no puede haber autoría mediata con un instrumento responsable, habría que verificar en qué supuestos queda excluida la obediencia debida, pues en ellos, de acuerdo siempre con ese punto de vista, no jugaría la autoría mediata.

Según el art. 11 de la ley 23.049 que efectuó una interpretación auténtica del texto del art. 514, el subordinado debe responder del delito cometido si tuvo capacidad decisoria, conoció la ilicitud de la orden o si ésta importaba la comisión de hechos atroces o aberrantes.

Conforme se ha acreditado en la causa, las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron acompañadas de un intenso adoctrinamiento acerca de que se trataba de acciones de una guerra no convencional, y que constituían la única forma de combatir la delincuencia revolucionaria. En esas condiciones, es presumible que muchos subordinados puedan alegar en su favor la eximente de obediencia debida o un error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron. Pero, aún así, no cabe duda de que hubo quienes por su ubicación en la cadena de mandos conocieron de la ilicitud del sistema, y hubo también quienes ejecutaron sin miramientos

hechos atroces. De aquí se sigue que existen subordinados que no van a ser alcanzados por la exigencia de obediencia debida, y que son responsables de los hechos cometidos junto a quienes impartieron las órdenes objeto de este proceso.

Esto plantea el interrogante de si en esos casos es posible adjudicar la autoría mediata de los hechos a los procesados, o si, de acuerdo al pensamiento que se haya expuesto anteriormente, deben responder como instigadores.

#### 6.- El camino a seguir

Sin embargo, a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.

Para fundar debidamente esta aseveración, deben tenerse presente los elementos que seguidamente se analizarán y que conforman las circunstancias concretas de lo que se está juzgando, dado que el concepto del "dominio del hecho" es descriptivo y cobra su sentido frente a una hipótesis empírica determinada.

La gravísima decisión tomada por los procesados de combatir a la guerrilla terrorista al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces, fue adoptada cuando las fuerzas armadas ya se encontraban empeñadas en esa tarea y su intervención se encontraba regulada por una serie de disposiciones legales y reglamentarias. El modo ilegal de actuar fue emitido a través de la cadena de mandos regulares y tuvo por virtualidad dejar sin efecto las directivas en vigencia, sólo en los puntos que se opusieran a lo ordenado (lugar de detención, trato al prisionero, inmediata intervención de la justicia militar o civil, o puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional), en todo lo demás, las directivas siguieron rigiendo plenamente.

Es decir, que toda la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados, sólo cambió la "forma" de combatir.

También integró el plan aprobado, la garantía de impunidad que recibieron los ejecutores. Se aseguraba que la ejecución de las acciones se iba a desarrollar sin ninguna interferencia y en la clandestinidad más absoluta. Para ello, no sólo se utilizaron los recaudos necesarios para impedir la intervención de los mecanismos usuales de prevención del delito (ej. "área liberada"), sino que se adoptó la estrategia de negar la existencia de los hechos ante todo reclamo de cualquier autoridad o de familiares de las víctimas, de dar respuestas falsas a los requerimientos de los jueces, de evitar la publicación por medio de la prensa de las noticias relativas a desapariciones de personas o hallazgos de cadáveres, de simular investigaciones para esclarecer los hechos, de instalar importantes centros administrativos para búsqueda de personas a sabiendas de su inutilidad, de atribuir las desapariciones a genéricos motivos y enmarcar todo el asunto dentro de una aducida campaña fomentada por los propios guerrilleros desde el exterior.

Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los

comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, .etc.), que supone toda operación militar.

Sin el imprescindible concurso de todos esos elementos, los hechos no hubieran podido haber ocurrido. Luego de la asonada del 24 de marzo de 1976, las fuerzas armadas, bajo las órdenes de los enjuiciados, prosiguieron la lucha contra la subversión, es cierto que de un modo manifiestamente ilícito, pero con toda la estructura legal que se empleaba hasta ese momento.

Debe tenerse igualmente presente que los procesados no sólo dirigían sus respectivas fuerzas sino también a las de seguridad, entre las que se hallaban las encargadas de prevenir los delitos, y que por la fuerza se habían erigido en la única fuente de poder de la República, con lo que no existía autoridad que pudiera controlar eficazmente lo que acontecía.

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

No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una "voluntad indeterminada", cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.

Por otra parte, la falta de conocimiento por los procesados de la existencia de cada uno de los hechos individuales y de la identidad de las víctimas, no resulta de importancia. Así se considera, pues la directiva aludió genéricamente a todo "subversivo", dejando amplia libertad a los inferiores para determinarlo y proceder en consecuencia. No obstante, los comandantes siempre tuvieron en sus manos evitar la consumación de los delitos que se cometían. Les bastaba con ordenar la cesación del sistema. Acabada prueba de esto es que cuando lo juzgaron necesario, detuvieron súbitamente las operaciones irregulares, afirmando públicamente que "la guerra había terminado", a partir de allí no hubo más secuestros, tormentos, ni desapariciones de personas.

Además, la intervención de los procesados desde el vértice máximo de la estructura de poder no se limitó a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyeron positivamente a la realización de los hechos.

En efecto, como ya se ha dicho, los autores inmediatos no pudieron ejecutar los delitos ordenados si no se los hubiera provisto, por orden de los comandantes, de los medios necesarios para ello. La ropa, los vehículos, el combustible, las armas y municiones, los lugares de alojamiento de cautivos, los víveres, etc., constituyeron un auxilio imprescindible para la ejecución.

Más aún, hubo otra circunstancia de vital importancia para el éxito de los planes ilegales y que sólo los procesados pudieron proporcionar: la impunidad.

Adviértase en que mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal, la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder. Desde allí, se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de las víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles.

Las contribuciones apuntadas, si bien configuran actos de complicidad, no modifican la autoría mediata ya señalada, pues es sabido que en el concurso entre distintas formas de intervención en el delito, la autoría desplaza a cualquier otra.

Podría sostenerse asimismo, y con razonable fundamento, que es de aplicación al caso una coautoría por división de funciones. Empero, habida cuenta que de esta alternativa no se deriva ninguna consecuencia relevante que la justifique, el Tribunal estima más útil mantener la calificación de autoría mediata para la conducta de los procesados.

#### 7.- La legislación común

Hasta ahora se ha venido fundando la aplicación del art. 514 del ordenamiento militar, pero la solución a la que se ha arribado no sufre variación alguna aunque se decidiera juzgar el caso a la luz de las disposiciones del Código Penal.

En efecto, si bien se ha objetado a la autoría mediata por entender que supone una extensión del concepto legal de autor que choca contra el dogma de la legalidad de la incriminación (v. Fernández de Moreda, Francisco Blasco "Problemas básicos de la participación y de la autoría..." en Jornadas Internacionales de Derecho Penal "Actas, Relatos, Ponencias y Conclusiones", Bs. As. 1973, pág. 229), la doctrina argentina corriente admite esta forma de participación sin vacilaciones (v. entre otros, Soler, Sebastián "Derecho Penal..." cit. T. II, pág. 245; Nuñez, Ricardo ob. cit., T. II, pág. 280; Fontán Balestra, Carlos ob. cit., T. II, pág. 417; Fierro, Guillermo "Teoría de la participación..." cit., pág. 216), incluyéndola en la primera parte del art. 45 del Código Penal cuando se refiere a los que "tomasen parte en la ejecución del hecho", argumentándose que la eliminación del requisito de tomar parte "directa" (como lo exige el art. 14, inc. 1º, del Código Español y lo hacía el art. 21, inc. 1º, del Código de 1886) determina que puedan realizarse actos ejecutivos por medio de otro (conf. Herrera, Lucio Eduardo "La autoría mediata", en Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Universidad de Belgrano 1973, pág. 36).

Sin embargo, del estudio de los antecedentes históricos del citado art. 45 se desprende que la autoría mediata encuentra alojamiento en otra parte de la misma disposición, que le brinda mejor sustento dogmático.

El Proyecto de Carlos Tejedor (Bs. As. 1866, tomo I, pág. 35 y sgts.) consideró autores principales a quienes ejecutaran el delito directamente por su propio hecho, a los que prestaran un auxilio o cooperación al ejecutor sin el cual el hecho no habría podido tener lugar, y a quienes determinan a otro a cometer y consumir el crimen o delito (art. 1º del Título 4º). A los dos primeros los denomino autores directos y a los últimos, autores indirectos, explicando en el artículo 2º del mismo Título que eran aquellos que habían determinado al autor material a ejecutar el hecho o confirmado en la resolución ya adoptada, por medio de consejos formales, comisión, promesa de recompensa, dádivas, violencia, amenaza u orden, induciéndolo en error o aprovechándose del error en que se hallaba.

Resulta claro que en esa enumeración se incluyen como autores no sólo al ejecutor y al cómplice primario, sino también al instigador y al autor mediato. Tejedor sigue las ideas de Feuerbach plasmadas en el Código de Baviera y las concepciones imperantes en esa época respecto de la participación criminal.

Como se ha dicho anteriormente, durante el siglo XIX predominaron distintas teorías de naturaleza material-objetiva, que partiendo de un punto de vista estrictamente causal distinguen entre las condiciones que originan el resultado para seleccionar la que es "causa" determinante, eficaz, directa o inmediata de éste. Dentro de una gran cantidad de criterios mixtos, se suele mencionar (v. Roxin, Claus "Täterschaft...", cit., pág. 38 y sgts.), a la teoría de la necesidad de la contribución causal que diferenciaba entre participación principal y accesoria o secundaria, a la teoría de la contemporaneidad que distingue entre la participación previa, coetánea y subsiguiente al hecho, y la teoría de la causalidad física o psíquica.

A grandes rasgos, puede decirse que en general se hablaba de quienes eran causa directa del hecho, esto es, los que contribuían de modo inmediato o eficaz y que eran considerados autores principales, de quienes sólo concurrían de manera indirecta al hecho, que eran llamados cómplices. A su vez, los autores principales comprendían a los ejecutores, a los cooperadores necesarios y a los provocadores, inductores, o determinadores. Estos últimos eran la causa moral del delito a través de la orden, el consejo, el mandato, el engaño, etc. En esta categoría de autores morales se incluían los actuales supuestos de instigación y de autoría mediata (v. Rossi, Pellegrino "Tratado de Derecho Penal", trad. Cayetano Cortés, Madrid 1839, pág. 163 y sgts.; Carmignani, Giovanni "Elementos de Derecho Criminal", trad. Otero, Bogotá 1979, pág. 100 y sgts.; Pessina, Enrique, "Elementos de Derecho Penal", trad. González del Castillo, Madrid 1936, pág. 486 y sgts.; Pacheco, Francisco ob. cit., T. I, pág. 258 y sgts.; Azcutía, Manuel "La Ley Penal", Madrid 1876, pág. 274 y sgts.; Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro "El Código Penal en 1870", Madrid 1902, T. I, pág. 589 y sgts.).

Como se ha visto, Carlos Tejedor no era ajeno a estas ideas (v. también "Curso de Derecho Criminal", cit., pág. 25 y sgts.) y tampoco lo fueron el Proyecto de Villegas, Ugarriga y García (Bs. As. 1881, art. 16), y el Código Penal de 1886 que en su art. 21 disponía: "Se consideran autores principales: 1º el que ejecuta el delito directamente por su propia acción; 2º el que antes o durante la ejecución, presta al ejecutor con el intento de asegurar la consumación del delito, un auxilio o cooperación, sin los que el hecho no habría podido tener lugar; 3º el que con voluntad criminal determina al autor material a ejecutar el hecho, sea por medio de consejos, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, o sea induciéndolo intencionalmente en error o confirmándolo".

Este texto legal sigue las corrientes legislativas de la mayoría de los Códigos de la época, en cuanto a considerar autores al ejecutor, al cooperador necesario y al determinador o inductor,

y a incluir en esta categoría, como ya se ha dicho, a supuestos de autoría mediata. En tal sentido, pueden citarse al Código Español de 1822 (art. 13) y al de 1848, 1850 y 1870 (art. 13); al de Austria de 1852 (parágrafo 5º); al de Bélgica de 1867 (art. 66); al de Méjico de 1872 (art. 49); al de Perú de 1873 (arts. 12 y 13); al de Chile de 1874 (art. 15); al de Paraguay de 1880 (arts. 31 y 34); al de Portugal de 1886 (arts. 20 y 21); al de Uruguay de 1889 (art. 21); al de Brasil de 1890 (art. 18) y al de Colombia de 1890 (art.22).

Analizando el art. 21 del Código de 1886, Rodolfo Rivarola ("exposición y Crítica del Código Penal", Bs. As. 1890, T. 1, pág. 236) afirmaba que entre la enumeración de los medios de determinar a una persona a la ejecución de un delito, y la consignación de la fórmula general que presentaban los códigos español ("los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo") e italiano ("el que determina a otro"), el legislador argentino se inclinó por la primera. Por su parte, Manuel Obarrio ("Curso de Derecho Penal" Bs. As. 1902, págs. 132/134), decía que la misma responsabilidad debe pesar sobre el provocador que sobre el ejecutor, que la provocación podía darse por promesas, consejos, amenazas u orden. En este último supuesto, cualquiera sea la responsabilidad del ejecutor, el superior que manda u ordena cae bajo el imperio de las leyes represivas con la calificación de autor o de delincuente principal.

El proyecto de Código Penal de 1891 en su art. 69 mantiene la redacción del Código, sintetizándola un tanto. Dice: "se consideran autores: 1º los que toman parte en la ejecución del hecho; 2º los que prestan al ejecutor auxilio o cooperación sin los que el hecho no habría podido tener lugar; 3º los que instigan y determinan a otros a cometerlo".

En su exposición de motivos, se explica la modificación del inciso tercero afirmándose que el Código efectúa una enumeración de las diversas especies de concurso normal en que no debe entrar la ley, pues el único efecto que la enumeración produce es limitar el alcance de la disposición y particularizarla a los casos que prevé, excluyendo los modos de instigación o las especies de concurso moral no enumerados ("Proyecto de Código Penal...", Bs. As. 1898, pág. 97).

El art. 48 del Proyecto de 1906 reprodujo casi fielmente el texto del Proyecto de 1891, diciendo que se consideraban autores: 1º los que tomaren parte en la ejecución del hecho; 2º los que prestaren al ejecutor un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse; 3º los que determinaren a otros a cometerlo.

Respecto de este último inciso, en la exposición de motivos se afirmó que se había suprimido la enumeración de los medios de determinar la ejecución de un delito, de acuerdo con las ideas ya manifestadas sobre la inconveniencia de las enumeraciones (conf. Moreno (h), Rodolfo "El Código Penal y sus antecedentes", Bs As. 1923, T. III, pág. 31).

De lo hasta aquí expuesto, pueden sentarse dos conclusiones. Una, que el sistema, siguiendo el criterio imperante, incluía en el concepto de autor al cómplice primario y al determinador. La otra, que esta última categoría comprendía no sólo al instigador sino también a supuestos de autoría mediata.

Buena prueba de ello, son las propias palabras de Rodolfo Moreno (h), comentando el actual art. 45 del Código Penal cuando sostiene: "el código antiguo admitía, como todas las leyes, el principio del artículo que considera autor del delito al que dispone su consumación sin participar en su materialidad pero siendo el eje alrededor del cual se produce; y al referirse al

que determina a otro señalaba los diferentes medios que podían usarse para tal determinación. Hablaba así de consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, inducción en error y confirmación en el mismo. El código ha suprimido las enumeraciones que son innecesarias, desde que el concepto genérico es bien claro" (ob. cit., pág. 36).

Las primeras interpretaciones del Código vigente siguieron este rumbo, entendiendo que en la última ??? del art. 45 se hallaban los distintos modos de determinar a un tercero -dádivas, consejos, mandato, orden, error, etc.- (v. González Roura, Octavio "Derecho Penal", Bs. As. 1922, T. II, pág. 150), clasificando a los autores en materiales -ejecutores y cooperadores- y morales -determinadores- (conf. Malagarriga, Carlos "Código Penal Argentino" Bs. As. 1927, T. I, pág. 316), y afirmando que el legislador había suprimido las enumeraciones casuistas del art. 21 del Código de 1886 (conf. Ramos, Juan P. "Curso de Derecho Penal", Bs. As. 1928, T. IV, pág. 473).

Los antecedentes reseñados resultan elocuentes en demostrar que la expresión "determinar a otro" tiene un alcance más vasto que la mera instigación (conf. Zaffaroni, Raúl E. "Tratado de Derecho Penal", Bs. As. 1982, T. IV, pág. 296 y sgts.), y que resulta un sustento dogmático mucho más firme de la autoría mediata que la primera parte del art. 45.

Por otro lado, cabe destacar que autores españoles también han fundado la autoría mediata en el inc. 2º del art. 13 del Código de su país, "los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo" (v. Antón Oneca, José, ob. cit., T. I, pág. 435; Del Rosal, Juan "Derecho Penal", Madrid 1960, T. II, pág. 128; Gimbernat Ordeig, Enrique, ob. cit., pág. 224; Córdoba Roda, "Notas al Tratado..." cit. de Reinhart Maurach, T. II, pág. 310).