



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ANÁLISIS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL JUICIO DE LAS
JUNTAS A LA LUZ DE LOS CRITERIOS DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

DIEGO ALONSO EHIJO TOLEDO

PROFESORA GUÍA:
CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

SANTIAGO DE CHILE
SEPTIEMBRE 2023

ÍNDICE

Índice	2
Resumen	5
Introducción	7
1. Antecedentes de hecho	11
1.1 Contexto histórico.....	11
1.1.1 Amenaza de subversión	12
1.1.2 Dictadura.....	13
1.1.3 Fin de la dictadura militar y transición a la democracia	16
1.2 Juicio a las Juntas	19
1.2.1 Hechos probados	19
1.2.2 Forma de la organización delictual.....	20
1.2.2.1 Estructuras clandestinas	21
1.2.3 Delitos que se cometieron	23
1.2.3.1 Privaciones ilegítimas de libertad.....	23
1.2.3.2 Imposición de tormentos.....	26
1.2.3.3 Desaparición y destino de los cuerpos	26
1.3 Formas de autoría y participación en la judicatura argentina.....	28

1.4	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital	30
1.4.1	Autor Mediato	30
1.4.2	Coautor	33
1.4.3	Autor	34
1.5	Corte Suprema	34
1.5.1	Cómplice	35
1.5.2	Autor mediato	36
2.	Calificación de los hechos según los criterios de la Corte Penal Internacional	39
2.1	Consideraciones preliminares	39
2.1.1	“Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina” CIDH	40
2.1.2	Leyes de Impunidad	41
2.1.3	Tribunales Nacionales	42
2.1.3.1	Corte Suprema	43
2.2	Formas de atribución relevantes bajo los criterios de la Corte Penal Internacional	44
2.2.1	Autoría	44
2.2.2	Autoría directa	45
2.2.3	Autoría mediata	45
2.3	Adecuación de los hechos a los criterios de la Corte Penal Internacional	48
2.3.1.1	Existencia de control sobre la organización	48

2.2.1.2 Existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico	51
2.3.1.2 La ejecución de los crímenes se encuentra asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes	52
2.3.2 Elementos Subjetivos.....	54
2.3.2.1 Conocimiento e intención, en los términos del Estatuto de Roma y cualquier elemento subjetivo especial que corresponda	54
2.3.2.2 Conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen	56
2.4 Comparación de las Sentencias Argentinas con los Criterios de la CPI.....	57
2.4.1.1 Control y atribución de responsabilidad	57
2.4.1.2 Formas de participación y autoría.....	60
2.4.1.3 Accesoriedad	62
Conclusiones	67
Bibliografía	71

RESUMEN

Previo a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y el establecimiento de la Corte Penal Internacional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina, en la Sentencia de la Causa 13/84 utilizó por primera vez en la jurisprudencia nacional el concepto de la “autoría mediata por aparato organizado de poder” para condenar como autores mediatos a los miembros de la Junta Militar Argentina, por los crímenes de lesa humanidad que sus subordinados cometieron en contra de miles de civiles.

Esta sentencia, al ser revisada por la Corte Suprema fue confirmada, pero recalificando a los Comandantes en Jefe como “cómplices necesarios” en lugar de autores mediatos, desechando así la figura de la autoría mediata y estimando que los imputados serían, en cambio, cómplices necesarios.

Por otra parte, la Corte Penal Internacional para atribuir responsabilidad por crímenes de semejante naturaleza, tienen como norma de base al Estatuto de Roma, en particular, su artículo 25°.

Así, resulta un interesante ejercicio jurídico, analizar los supuestos de autoría directa y mediata, presentes en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, y contrastarlos con aquellos aplicados por la judicatura argentina (basados en su legislación nacional) en la resolución del Juicio a las Juntas.

Respecto a la autoría mediata, la Corte Penal Internacional requirió de la existencia de control sobre la organización y de un aparato de poder organizado y jerárquico, y que la ejecución de los crímenes se encuentre asegurada por el cumplimiento automático de las órdenes. Además, requiere el conocimiento e intención en los términos del art. 30 del ER y cualquier elemento subjetivo especial que corresponda, y, por último, el conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen.

A modo de crear una base fáctica común para los criterios de los tres tribunales que se están analizando, se aplicaron los requisitos que utiliza la Corte Penal Internacional a los hechos probados por la Cámara Federal, que son los mismos que debió usar la Corte Suprema.

Este ejercicio hipotético busca contrastar los criterios de derecho respecto a la autoría mediata, tal como son aplicados por la Corte Penal Internacional, a las sentencias de ambos tribunales nacionales, y resaltar su aporte conceptual a lo que es el Derecho Penal Internacional actual.

ABREVIACIONES

Corte Penal Internacional	CPI
Estatuto de Roma	ER
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal argentina	CF
Corte Suprema argentina	CS
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Causa N° 13/84, Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal	Causa 13/84
Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas	CONADEP
Código Penal argentino	CP
Código de Justicia Militar argentino	CJM
Autoría mediata por aparato/estructura organizada de poder	Autoría mediata por EOP

INTRODUCCIÓN

Durante la segunda mitad del siglo XX se desarrolló entre las dos superpotencias del periodo – Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas-- la llamada Guerra Fría, en que ambas luchaban por expandir sus modelos socioeconómicos en lo que se consideraban sus zonas de influencia, principalmente delimitadas geográficamente. Esto hasta que la Revolución Cubana puso en duda la capacidad de Estados Unidos de impedir la aparición de gobiernos socialistas en Latinoamérica, su zona de influencia más clara.

Esto provocó una reacción de la superpotencia para evitarlo, generando planes políticos y económicos, pero también militares. Dentro de la Guerra Fría, Estados Unidos estableció la “Escuela de las Américas” que se encargó del entrenamiento de militares latinoamericanos en técnicas de contrainsurgencia de corte socialista, que involucraban métodos de represión como la tortura, homicidio y la desaparición de opositores políticos. Se estima que de esta institución se graduaron cerca de 600 militares argentinos incluyendo al general y posteriormente miembro de la Junta Militar, Roberto Viola, antes del golpe de Estado.

Al terminar el régimen militar impuesto por el Golpe de Estado de 1976, el gobierno constitucional que le sucedió, en el año 1983, ordenó el procesamiento de los miembros de la Junta Militar en un proceso inédito para la judicatura argentina e internacional.

Paralelamente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se inició un proceso de regulación universal de protección de los derechos fundamentales y de organismos supranacionales encargados de promoverlos y supervigilar su cumplimiento.

El reconocimiento y protección de los Derechos Humanos se hizo mediante la suscripción de Convenciones que abarcaron distintos aspectos de ellos, tendiendo a su ampliación y complejización.

Dentro de estos, en el Estatuto de Roma (1998), se creó la Corte Penal Internacional, cuya competencia se ejerce, entre otros, a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, específicamente, respecto del crimen de genocidio; crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra y crimen de agresión.

Los delitos que corresponden a la competencia de la Corte Penal Internacional, suelen revestir la participación masiva de perpetradores y víctimas, lo que genera importantes dificultades para las legislaciones nacionales en su persecución, ya que ellas suelen enfocarse en contravenciones de menor

escala y estar supeditadas a los principios propios de un Estado de Derecho, que en el Derecho Penal tienden a la aplicación restrictiva de la generalidad sus normas:

“La relación con los más altos intereses de la comunidad internacional queda establecida en todos los crímenes de derecho internacional a través de un elemento común (el aquí denominado elemento internacional): todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por el empleo de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado. Este contexto de violencia organizada consiste, en los crímenes contra la humanidad, en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil como elemento contextual. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido. Aquí, el elemento contextual se encuentra situado en la subjetividad del sujeto activo” (Werle & Jeßberger, pág. 91).

A pesar de esto, 16 años antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y el establecimiento de la Corte Penal Internacional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, utilizó el concepto de la autoría mediata por EOP para condenar como autores mediatos a los miembros de la Junta por los delitos de lesa humanidad que sus subordinados cometieron en contra de miles de civiles, incluyendo torturas, homicidio y desaparición forzada como parte de la denominada “Guerra contra la Subversión”.

Esta sentencia, al ser revisada por la Corte Suprema fue confirmada, pero recalificando a los Comandantes en Jefe como “cómplices necesarios” en lugar de autores mediatos.

Si bien esta recalificación no tuvo efecto en la pena asignada a cada uno de los miembros de la Junta Militar, sí representó un revés para el desarrollo y aceptación de este concepto, haciendo más difícil su aplicación en jurisprudencias nacionales y en instancias internacionales, en términos de perseguir a los máximos dirigentes de las diversas Dictaduras Militares que proliferaron en Latinoamérica y generando jurisprudencia que dificultaba alcanzar el derecho de las víctimas a la Verdad y la Justicia que han sido reconocidos por diferentes instrumentos internacionales.

La sentencia de la Cámara Federal no solo debe ser tomada como un antecedente de jurisprudencia sino también, como un trabajo de argumentación jurídica que, sin pasar a llevar los principios rectores del Derecho Penal y del orden constitucional que debe guiar un verdadero Estado de Derecho, se hace cargo de analizar las estructuras que hacen posible que un Estado u organización con

un nivel de poder comparable, cometa crímenes en contra de la población civil que, en la práctica, está indefensa ante tal poder.

La sentencia de la Corte Suprema se aleja de esta realidad y si bien no generó un cambio efectivo en las penas de los condenados, estimamos que debilitó la evolución de un concepto jurídico que en la actualidad resulta fundamental para el entendimiento de mecanismos de control político que amenazan a grupos étnicos, religiosos o políticos de sufrir crímenes de tal significación.

Teniendo en consideración lo señalado, este trabajo de investigación se plantea una serie de objetivos.

Como objetivo principal, se plantea contribuir al fortalecimiento del concepto de autoría mediata por aparato organizado de poder, a fin de facilitar la aplicación del derecho penal internacional al juzgamiento de crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a objetivos secundarios subordinados al objetivo principal, se pretende exponer y comparar los razonamientos expuestos por los tribunales superiores de justicia argentinos, en sus sentencias correspondientes, describir los criterios jurisprudenciales de la Corte Penal Internacional sobre las formas de participación en la comisión de delitos de lesa humanidad y, finalmente, evaluar y comparar los criterios de ambos tribunales nacionales con los de la CPI para determinar cuál de las posiciones de los primeros representa una mayor contribución a la evolución del Derecho Penal Internacional hasta la fecha, y sus razones.

Esta investigación tiene como hipótesis de trabajo que los argumentos presentes en la sentencia de la Cámara Federal respecto a la autoría mediata se adecuan más al desarrollo del Derecho Penal Internacional actual, que los argumentos presentes en la sentencia dictada por la Corte Suprema, lo que permite una mejor aplicación de la justicia a los casos de comisión de crímenes de lesa humanidad.

Para examinar este tema y cumplir con sus objetivos se desplegarán las siguientes técnicas de investigación:

En primer lugar, se abarcarán los antecedentes de hecho, haciendo énfasis en el contexto histórico de la dictadura argentina y su posterior transición a la democracia. Para esta reseña se utilizarán como fuente los diversos informes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de la propia Junta Militar, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, entre otras fuentes, las que nos permiten elaborar un acabado relato del contexto histórico

en el que se cometieron determinados crímenes de lesa humanidad y con posterioridad, el juicio a los imputados del caso en estudio.

También en torno a los hechos, a través de un análisis de la sentencia de la Cámara Federal, se realizará una reseña de los hechos que se dan por acreditados en el juicio de las juntas, con lo que se establecerá claramente cuál fue la forma de organización delictual de las juntas y sus subordinados, y la forma en que se cometieron los delitos de privaciones ilegales de libertad, imposición de tormentos y desaparición forzada.

Luego, se presentará una breve reseña las sentencias emitidas por la judicatura argentina que conoció del Juicio de las Juntas, esto es, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital y la Corte Suprema, atendiendo específicamente a los razonamientos jurídicos que cada Tribunal expresa en torno a la autoría y participación. Para esto, se realizará un análisis jurídico tanto dogmático como empírico, esto es, que se basará tanto en fuentes formales e históricas como en las fuentes reales del derecho, empleando métodos de interpretación de la ley y técnicas documentales, aplicadas a un caso concreto (García, págs. 455-456).

Además, se estudiarán las formas de autoría y participación a los ojos de la Corte Penal Internacional, revisando los requisitos que esta ha establecido a lo largo de una vasta jurisprudencia, aplicando lo dispuesto en el Estatuto de Roma. Así, se enunciarán y analizarán brevemente las distintas formas de participación relevantes para efectos de este trabajo de investigación, y se enumerarán los requisitos que la propia Corte ha establecido para atribuir cada forma de participación. Para esto, analizaremos la jurisprudencia de la CPI, prestándole especial atención a los razonamientos sobre autoría y participación, además de, a través del método dogmático, analizar críticamente estos requisitos.

A continuación, se contrastarán los hechos de la causa 13/84, objeto de esta investigación, con los requisitos establecidos por la Corte para considerar la existencia de autoría mediata.

Finalmente, se aplicarán hipotéticamente los criterios predominantes en las decisiones de la Corte Penal Internacional a las sentencias del Poder Judicial argentino para comprobar si los argumentos presentes en la sentencia de la Cámara Federal respecto a la autoría mediata se adecuan más al desarrollo del Derecho Penal Internacional actual, que los argumentos presentes en la sentencia dictada por la Corte Suprema, y razonar si contribuiría a una mejor aplicación de la justicia a los casos de comisión de crímenes de lesa humanidad..

1. ANTECEDENTES DE HECHO

En el presente capítulo, se busca dar contexto respecto de los hechos acontecidos en la dictadura militar argentina, tomando como base, los hechos probados descritos en la Sentencia 13/84 de la Cámara Federal Argentina, y a continuación, en el siguiente capítulo, realizar una comparación de los criterios de determinación de autoría mediata entre dicho Tribunal, la Corte Suprema y la Corte Penal Internacional.

1.1 Contexto histórico

Para comprender mejor el Juicio a las Juntas, es importante examinar de manera breve las circunstancias históricas que llevaron a su materialización. A continuación, se revisan los antecedentes de la Dictadura Militar y los cambios políticos que propiciaron la realización de este juicio inédito para la época habiendo finalizado el régimen.

El golpe militar argentino, que tuvo lugar en 1976, tuvo múltiples causas, algunas de ellas se remontan a décadas atrás. A continuación, mencionamos algunas de las causas más importantes (Nino, 2006):

1. Inestabilidad política y económica: En los años previos al golpe, Argentina enfrentó una profunda crisis política y económica, con un aumento de la inflación, una caída de las reservas internacionales y una creciente polarización política.
2. Insatisfacción de las fuerzas armadas: Las fuerzas armadas argentinas habían sido desplazadas de su papel histórico como guardianes del orden y la seguridad nacional, y muchos oficiales militares se sentían descontentos con el gobierno y su manejo de la situación.
3. Influencia de Estados Unidos: El gobierno de Estados Unidos había proporcionado entrenamiento y asesoramiento a las fuerzas armadas argentinas durante años, y algunos analistas creen que esto influyó en la decisión de llevar a cabo el golpe.
4. Descontento popular: Aunque el gobierno militar alegó que había llevado a cabo el golpe en nombre del pueblo argentino, muchos ciudadanos estaban descontentos con la situación política y económica del país y se oponían a la dictadura.
5. Amenaza de la subversión: Durante los años 60 y 70, Argentina experimentó un aumento de la violencia política, con grupos armados de izquierda y derecha llevando a cabo atentados y acciones violentas. El gobierno militar justificó su accionar como una lucha contra la subversión y el terrorismo.

1.1.1 Amenaza de subversión

A principios de la década de los años 70, variados movimientos armados de izquierda iniciaron operaciones de guerra revolucionaria. Esta tenía como objetivo enfrentar a las fuerzas estatales para tomar por la fuerza el control político del país, en el que se aplicaría el modelo marxista, luego de obtener dominio sobre un territorio limitado para obtener el reconocimiento nacional e internacional como una fuerza beligerante.

Específicamente, “los hechos de violencia mencionados consistieron en asesinatos y secuestros de militares de alto rango, políticos y empresarios. Aquellos referidos a la propiedad, consistentes en copamientos y atentados explosivos en instalaciones militares y civiles. (...). Durante la primera mitad de la década sus números crecieron en gran medida con lo que aumentaron la escala y frecuencia de sus operaciones llegando a confrontación más abierta contra fuerzas militares y policiales, como en ataques a cuarteles y la ocupación temporal de pueblos enteros”. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 93)

Los gobiernos constitucionales enfrentaron estos hechos, en un principio, con el despliegue de fuerzas policiales, que fueron eventualmente superadas por los números y organización de los movimientos revolucionarios. Durante el gobierno que se inició el año 1973 (el segundo periodo presidencial de Juan Domingo Perón), “se produjo una baja transitoria en la actividad subversiva. Luego de la muerte de Perón y la asunción de su vicepresidenta María Estela Martínez de Perón se produjo un recrudescimiento aún mayor de las operaciones” (Nino, pág. 103)

Se entregaron progresivamente más facultades a las fuerzas policiales y finalmente a las Fuerzas Armadas para derrotar a los movimientos armados a través de varios decretos supremos promulgados por la Presidenta durante el año 1975.

Inicialmente se dictó el decreto 261/75, en el que se autorizan operaciones militares limitadas a la provincia de Tucumán. Luego, se dictaron los decretos 2770, 2771 y 2772, que realizan cambios institucionales específicos para hacer operativo el esfuerzo militar interno. El decreto 2771 creó el Consejo de Seguridad Interna, que integrado por el Presidente, todos los Ministros del Poder Ejecutivo y los comandantes generales de las Fuerzas Armadas, tenía como objetivo la “dirección de los esfuerzos nacionales en la lucha contra la subversión” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pág. 202).

El decreto 2771 “facultó al Consejo a suscribir convenios con las provincias que pusieran bajo su control las fuerzas policiales y penitenciarias, en atención al carácter federal de la Argentina” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pág. 204).

El decreto 2772 ordena directamente que las Fuerzas Armadas “procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a los efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pág. 205).

La primera directiva del Consejo de Seguridad Interna “establece la orgánica de la lucha contra la subversión” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pág. 206).

De esta forma, se crearon las bases que posibilitaron la denominada “guerra sucia” que se extendió más allá del gobierno constitucional y fue utilizado como sustento jurídico por parte del Gobierno Militar para continuar con el exterminio de opositores políticos.

1.1.2 Dictadura

La dictadura argentina, también conocida como el Proceso de Reorganización Nacional, fue un período de gobierno autoritario que tuvo lugar en Argentina entre 1976 y 1983. Durante este período, el país fue gobernado por una junta militar que tomó el poder por la fuerza.

Específicamente, “el 24 de marzo del año 1976 se llevó a cabo el Golpe de Estado, en el cual se derrocó el gobierno de María Estela Martínez de Perón. Esta operación había sido preparada con gran anticipación -desde el año 1974- y fue llevada a cabo de manera coordinada por todas las ramas militares” (Nino, 2006, pág. 204).

Los generales que asumieron el poder como parte de la primera Junta Militar fueron: el Comandante en Jefe del Ejército, Jorge Rafael Videla, el Comandante en Jefe de la Armada, Emilio Eduardo Massera y el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Orlando Ramón Agosti.

Para establecer un esbozo de legitimidad de la Dictadura Militar dentro de sus primeros días. se emitieron varios decretos que establecieron la conformación y atribuciones de la Junta Militar y las razones que aducía ésta para justificar el Golpe de Estado.

La Junta Militar al inicio de su gobierno de facto publicó una serie de documentos que establecían la regulación del llamado Proceso de Reorganización Nacional y la Junta Militar que lo lideraba. Como objetivos declarados incluían la “eliminación de la violencia subversiva, el restablecimiento del orden institucional y económico, y la recuperación de los valores cristianos, argentinos y capitalistas” (Junta Militar República Argentina, pág. 7).

El único límite a la duración del régimen militar previsto es el cumplimiento de estas, que “deberían ser evaluados y acordados por la misma Junta” (Junta Militar República Argentina, pág. 16).

De manera de impedir una respuesta institucional al quebrantamiento del orden democrático, fue ordenado también en esta etapa, la disolución del Congreso y de todos los partidos políticos, se destituyó a los ministros de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores Provinciales y a los Gobernadores Provinciales, siendo todos reemplazados por personas leales al régimen militar. (Junta Militar República Argentina, pág. 9)

En los decretos supremos emitidos, se estableció que “la Junta Militar era el órgano que ejercía el poder político de la República, sus miembros serían los Comandantes en Jefes de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, siendo relevados en sus cargos cada tres años. Las funciones y facultades del Poder Ejecutivo recaían solamente en el Presidente de la Junta que siempre sería el Comandante en Jefe del Ejército” (Junta Militar República Argentina, pág. 9).

La Junta tenía a su disposición una Comisión de Asesoramiento Legislativo, “encargada de dar curso a las normas de menor complejidad para ser visadas luego por la Junta y de servir como órgano consultivo para la confección de aquellas normas de mayor complejidad cuya instrucción se reservaba para la Junta directamente” (Junta Militar República Argentina, pág. 26).

Al Presidente de la Junta le fueron entregadas las facultades de nombrar directamente a los Ministros y Secretarios de Estado, manteniendo estos cargos las mismas atribuciones y funciones con las que contaban antes del Golpe, y de aprobar a los Jueces de la Corte Suprema propuestos por la Junta además de designar directamente a los jueces de los tribunales inferiores.

Desde el inicio de la década de 1980, la dictadura debió afrontar tensiones desde varios frentes, tanto internos como externos.

En el plano externo, variados países “condenaron las violaciones a los derechos humanos y cuestionaron la permanencia de la Junta en el gobierno, siendo el principal de ellos Estados Unidos, que en un principio había apoyado la intervención militar” (Nino, pág. 111).

Además, organismos internacionales expresaron su condena a los delitos contra los derechos humanos, llegando incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a realizar una investigación *in loco* el año 1979, que se reflejó en un informe publicado por este mismo organismo donde se daba cuenta de las violaciones a los derechos humanos en forma de detenciones y desapariciones (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pág. A. Conclusiones).

En cuanto a la situación interna, ésta “se había vuelto más adversa al régimen por la profunda crisis económica y la mayor publicidad que habían alcanzado los brutales abusos cometidos, llevando a un clima popular de rechazo que se expresaba en manifestaciones masivas organizadas por los proscritos partidos políticos y sindicatos. A esto se sumó en 1982 la derrota militar en las Islas Malvinas, que encendió aún más los ánimos” (Nino, pág. 112).

En el año 1981, Jorge Rafael Videla fue reemplazado por el Teniente General Roberto Viola en el cargo de Presidente de la Nación, al haberse cumplido su segundo periodo, luego de haber sido ratificado por la misma Junta para su segundo mandato.

“El complejo escenario político y económico forzó la salida del cargo a Viola dentro del mismo año. Su sucesor, Leopoldo Galtieri, ante la misma situación tomó la decisión de invadir las Islas Malvinas, llevando al país a un desastre militar histórico que le costó le llevó a renunciar a su cargo y a la disolución de la Junta Militar. Para el último periodo del gobierno militar se designa como Presidente al General Reynaldo Bignone, quien se mantiene hasta el fin de la dictadura” (Nino, págs. 112-113).

En este último periodo, en el cual era claro que no era viable mantener el gobierno militar, los altos rangos militares “tomaron medidas de protección ante la posible persecución por parte de la justicia por los crímenes cometidos bajo su mando” (Franco, pág. 250).

La publicación del “Documento Final de la Junta Militar sobre la Guerra contra la Subversión y el Terrorismo”, en el que se ofrecían diversas justificaciones para lo que se denominó la “guerra sucia”, alegando que eran sólo el cumplimiento de los decretos emitidos por el depuesto gobierno anterior, de forma de entregar una cierta protección legal a los superiores. Esto fue acompañado por un Acta Institucional publicada en conjunto con el Documento Final, que declaraba que todas las operaciones antsubversivas “fueron ejecutadas conforme a planes aprobados y supervisados por los mandos

superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y de la Junta Militar partir del momento de su constitución” (Nino, pág. 114).

Esta declaración probablemente tuvo la intención de reforzar la excepción de responsabilidad de la obediencia y por lo tanto “transmitir seguridad a la tropa que había participado en los crímenes para mantener la cohesión y lealtad de las fuerzas armadas” (Franco, pág. 257).

Finalmente, un mes antes de las elecciones del año 1983, se promulgó la ley 22.924 que fue conocida como la Ley de Autoamnistía, en la que se extingue la responsabilidad penal por delitos cometidos en el contexto de violencia subversiva y de su represión entre los años 1973 y 1982, además de prohibir la citación a comparecer o declarar ante cualquier tribunal por los delitos incluidos en ella. Todas estas medidas aumentaron el rechazo hacia el régimen tanto en el plano nacional como internacional (Nino, pág. 114; Franco, pág. 258 y ss).

En estas elecciones resultó vencedor Raúl Alfonsín perteneciente al Partido Radical, quien en su campaña electoral se enfocó en la necesidad de verdad y justicia, además de la implantación de barreras institucionales que impidieran una nueva dictadura y el fortalecimiento del sistema de protección de derechos humanos.

Según el relato de asesores de Alfonsín, “su plan para la persecución penal de los crímenes de lesa humanidad debía centrarse en los comandantes en jefe que los diseñaron y organizaron, más que en los subordinados los cometieron materialmente. La negociación en el Congreso llevó a la limitación de esta responsabilidad con la dictación de la llamada Ley de Obediencia Debida para interpretar el artículo correspondiente del código de Justicia Militar y otra que alteró la sustanciación de los juicios ante los tribunales militares” (Nino, pág. 128).

1.1.3 Fin de la dictadura militar y transición a la democracia

El régimen llegó a su fin en 1983, tras la elección del presidente Raúl Alfonsín, perteneciente al Partido Radical, quien en su campaña electoral se enfocó en la necesidad de verdad y justicia, además de la implantación de barreras institucionales que impidieran una nueva dictadura y el fortalecimiento del sistema de protección de derechos humanos.

El nuevo gobierno enfrentaba distintas barreras legales y constitucionales para la consecución de un juicio que alcanzara los objetivos políticos planteados previamente por el Presidente (Nino, pág. 123).

Una de estas barreras, era la dictación por parte de la Junta Militar de la ley 22.924, llamada “Ley de Autoamnistía”, mencionada previamente, que extingue la responsabilidad por los delitos cometidos “con motivación o finalidad terrorista o subversiva” y aquellas “con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas” de entre el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982, otorgando un trato preferente a los militares que pudiesen ser objeto de procedimiento ante la Justicia Militar, por ejemplo impidiendo que fueran citados a declarar si es que era evidente que se les aplicaba la amnistía.

Esta ley de acuerdo a la garantía de la ley penal más benigna del artículo 2° del Código Penal de la Nación Argentina, se entendía debía ser aplicada a cualquier proceso penal que abordara los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura.

Para sortear este obstáculo, el nuevo gobierno constitucional presentó y el Congreso aprobó la Ley 23.040¹, que declaraba la nulidad por inconstitucionalidad ipso facto de la ley de Autoamnistía, privándola de fuerza obligatoria desde el momento de su dictación además de prohibir la aplicación del artículo 2° del Código Penal que se refiere a la aplicación de la ley más beneficiosa en los delitos incluidos originalmente en la Ley de Autoamnistía

El segundo problema yace en que “el sistema judicial militar no entregaba garantías para que los miembros de las Juntas fueran juzgados de forma imparcial” (Nino, pág. 123).

Esto, debido a que la jurisdicción sobre crímenes cometidos en cumplimiento de órdenes de servicio recae en los Tribunales Militares y en caso de que los inculpados sean oficiales de alto rango, específicamente, recae en el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, órgano integrado completamente por oficiales de alto rango.

En su momento, representaba una dificultad mayor ya que en concordancia con el artículo 18° de la Constitución de la Nación Argentina, se prohíbe el enjuiciamiento por tribunales *ad-hoc* lo que impedía cambiar tribunal competente para conocer de los delitos.

La estrategia para asegurar la imparcialidad del proceso, fue reformar el procedimiento del juicio sumario en tiempos de paz, por medio de la Ley 23.049, también conocida como "Ley de Defensa de la Democracia", que, dentro de otras medidas, propuso mantener la jurisdicción en primera instancia en el

¹ Artículo 1°: Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto N° 22.924.

Consejo Supremo, pero creando un amplio recurso de apelación que abriera una segunda instancia en Cámaras Federales de Apelaciones que podrían revisar tanto los hechos como el derecho de los fallos de primera instancia.

La tercera barrera, consistía en la amplitud de la causal de “justificación de obediencia debida” resguardada tanto en el artículo 514 del código de Justicia Militar, como en el artículo 34 del Código Penal.

Bajo la interpretación que realizaba una amplia mayoría de la doctrina hasta ese momento, para que operara la causal de justificación, debía el subordinado haber seguido estrictamente las órdenes impartidas por su superior jerárquico teniendo la convicción de que estas eran órdenes de servicio legítimas.

Sin embargo, al tratarse las órdenes de delitos que no podrían razonablemente subsumirse a órdenes de servicio legítimas, bajo la interpretación aceptada por la mayoría de los juristas de la época, (Nino, pág. 123), se hacía tremendamente difícil perseguir la responsabilidad de los superiores, manteniéndose ésta en los cuadros inferiores.

Lo que hizo el Congreso en la ley 23.049, fue disponer en su artículo 11 una presunción de que, los efectivos de rango inferior operaban bajo un error insalvable sobre la legitimidad de las órdenes, debido a la fuerte campaña de propaganda al interior de la milicia y al temor a represalias por parte de sus compañeros de armas, lo cual invierte la carga de la prueba y facilita el traslado de la responsabilidad de hacía los oficiales superiores².

Con la vuelta a la democracia, en el gobierno de Raúl Alfonsín, se creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (en adelante, CONADEP) para hacer un catastro de los delitos de lesa humanidad y los detenidos desaparecidos.

El informe final de la CONADEP, conocido como "Nunca Más", se presentó en septiembre de 1984 y se convirtió en una pieza fundamental en el proceso de recuperación de la democracia en Argentina. El informe incluyó testimonios de las víctimas y sus familiares, así como información sobre

² Artículo 11: El artículo 34, inciso 5 del Código Penal deberá ser interpretado conforme a la regla del artículo 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado en el artículo anterior que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar. A ese efecto podrá presumirse, salvo evidencia en contrario que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes.

las tácticas utilizadas por el gobierno militar para reprimir a la población. El trabajo de la CONADEP fue un primer paso en la condena de los responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar.

1.2 Juicio a las Juntas

El Juicio a las Juntas, también conocido como el Juicio a la Junta Militar argentina, fue el proceso judicial que se llevó a cabo en Argentina en 1985, con el objetivo de juzgar a los miembros de la junta militar que había gobernado el país desde 1976 hasta 1983. El proceso se inició gracias a la presión de las organizaciones de derechos humanos y de la opinión pública en general, que exigían que se hiciera justicia por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar.

El juicio comenzó en diciembre de 1985 en la ciudad de Buenos Aires, y fue presidido por el Tribunal Oral Federal N° 1. Se juzgó a nueve miembros de la junta militar, incluyendo al ex presidente Jorge Rafael Videla y al ex ministro de Economía José Alfredo Martínez de Hoz, por cargos de homicidio, secuestro, tortura y otros delitos cometidos durante la dictadura.

El juicio fue un hito histórico en la lucha por la justicia y los derechos humanos en Argentina y en el mundo. Fue el primer juicio a nivel mundial que juzgó a un gobierno en pleno por crímenes de lesa humanidad y sentó un importante precedente en la lucha contra la impunidad de los crímenes de este tipo. El proceso duró más de un año y se emitieron sentencias en octubre de 1986.

El tribunal adopta un enfoque bifocal al considerar los delitos bajo juicio en el contexto más amplio de los antecedentes históricos y políticos, mientras que al mismo tiempo se concentra en los hechos específicos que se encuentran bajo juzgamiento.

Al contextualizar los delitos cometidos por los acusados en el marco de su período en el poder, el tribunal busca explicaciones causales que ayuden a comprender cómo y por qué se produjeron esos crímenes específicos.

1.2.1 Hechos probados

Durante el Juicio a las Juntas en Argentina, se presentaron pruebas y testimonios que demostraron la existencia de un plan sistemático de represión y violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar que gobernó el país desde 1976 hasta 1983.

En este caso, se utilizarán los hechos que la Cámara Federal dio por probados, dado que la Corte Suprema de Justicia no contaba con las facultades para revisar los hechos del caso, en razón de los recursos procesales por los que conoció de la causa.

Esto permite poner en relieve la calificación jurídica de los hechos y la aplicación de los argumentos de derecho sobre el criterio de atribución, hecha por estos tribunales.

A continuación, para comprender con mayor claridad los crímenes específicos por los que los miembros de las Juntas fueron condenados, es necesario primero examinar cada uno de los elementos que conformaban estos delitos y que se dieron por acreditados, basándonos en la información recopilada por la Cámara Federal.

1.2.2 Forma de la organización delictual

La organización delictual es una estructura que se caracteriza por la coordinación sistemática y planificada de las actividades criminales, con la finalidad de obtener beneficios políticos, en este caso en particular. Esta organización suele contar con una jerarquía de poder, una división del trabajo y una distribución de roles definida.

Cuando el tribunal examina los hechos del caso, se centra en la evidencia que respalda los delitos específicos que se imputan a los acusados, en lugar de profundizar en el modo en que operaban las unidades militares que materialmente cometieron los crímenes objeto de enjuiciamiento.

En la sentencia, la estructura jerárquica que permitió la realización mediata de estos crímenes, se dio por probada en el Capítulo XX³, en el que se analiza la estructura jerárquica que permitió ejercer el control sobre las fuerzas armadas y dar las órdenes, pero no se pronuncia sobre la forma de ejecución de los mismos, que tomaban los grupos especializados que llevaban a cabo dichas operaciones clandestinas.

³ En dicho apartado, se detalla, entre otros, la metodología de secuestro, desaparición forzada, tortura y asesinato de miles de personas por parte de los aparatos represivos del Estado, así como el papel de los diversos centros clandestinos de detención.

1.2.2.1 Estructuras clandestinas

Para realizar un análisis completo del caso y poder compararlo de manera efectiva con los criterios de un tribunal internacional, es fundamental comprender en detalle cómo operaban estas unidades clandestinas y su estructura.

Particularmente, la sentencia se refiere al informe la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, que fue tenido a la vista como prueba, en el que se hace una descripción de dichos aparatos clandestinos, con los antecedentes disponibles en ese momento.

Para la realización de la denominada “Guerra Sucia”, los inculpados y su gobierno crearon estructuras clandestinas, que, si bien seguían las lógicas de la jerarquía propia de cada una de sus fuerzas, tenían funciones y formas de coordinación diferentes.

Los decretos dictados por el gobierno constitucional y la institucionalidad que crearon, le dieron a la dictadura una base sobre la cual organizar la persecución de sus opositores.

Si bien fueron los decretos 2770, 2771 y 2772 del año 1975 los que instruyeron a las FFAA el aniquilamiento de los grupos revolucionarios, fue la directiva 1/75 del Consejo de Defensa la que dio estructura general a estos esfuerzos.

“Cada fuerza emitió directivas internas: por parte del Ejército, principalmente 404/75; la Armada la llamada directiva Placintara; y en la Fuerza Aérea el Plan de Capacidades/75, que las adecuó a la misión ofensiva que les ordenaban las normas mencionadas” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 286).

La directiva 1/75 del Consejo de Defensa le encomendó primordialmente al Ejército la función de dirección y coordinación de las operaciones contra de la subversión, instruyendo a todas las demás ramas apoyar esta tarea con todas sus capacidades.

Dentro del Ejército, la comandancia de todos los cuerpos la ejercía el oficial de mayor grado, asesorado por su estado o plana mayor, y esta misma forma de organización se replicaba cada vez en menor escala.

“Estos estados o planas mayores tenían a su disposición Grupos de Tareas: Grupo 1 de Personas (GT1), Grupo 2 de Inteligencia (GT2), Grupo 3 de Operaciones (GT3), Grupo 4 de Logística (GT4) y

Grupo 5 de Asuntos Civiles (GT5)” (Relevamiento y análisis documental de los archivos de las Fuerzas Armadas 1976-1983, pág. 12).

De especial interés era la operación de los grupos GT1 y GT2 que se describen a continuación:

- a. Los GT de Inteligencia, recababan información conseguida por medio de vigilancia, informantes y tortura, y designaba los blancos a atacar.
- b. El GT de Operaciones utilizaba esos datos para conformar Equipos de Combate que realizaban los allanamientos, ataques y secuestros.

“Estos equipos eran conformados por efectivos de diferentes fuerzas militares, policiales e incluso militares retirados, que normalmente no se conocían entre ellos” (Relevamiento y análisis documental de los archivos de las Fuerzas Armadas 1976-1983).

Era habitual advertir con anticipación sobre la realización de operativos de esa índole para que se declarara la zona en la que se llevaban a cabo como una "Zona Libre" o "Liberada".

Esto se hacía “informando a unidades especializadas “Centro de Operaciones Tácticas” dependiente del comando del cuerpo jerárquicamente superior al que iba a llevar adelante los operativos ilegales, que funcionaban como nexo de coordinación entre diferentes equipos, armas o con las autoridades policiales locales, para que no hubiese interferencia o para organizar cooperación según el caso” (Relevamiento y análisis documental de los archivos de las Fuerzas Armadas 1976-1983).

Por otra parte, los Centros de Detención operaban como bases permanentes con personal propio, encargado de llevar a cabo tareas administrativas, de apoyo y de vigilancia para las operaciones ilegales. Estos centros se encontraban ubicados en instalaciones que previamente habían sido utilizadas como lugares de detención penitenciarios, instalaciones policiales o militares, que fueron adaptadas para cumplir con estas funciones.

Si bien “existía intervención del personal de los centros de detención en los delitos, las víctimas se encontraban eminentemente a disposición de los miembros del Grupo de Tareas que hubiesen ordenado o ejecutado su secuestro. En estos lugares se mantenía a los detenidos en condiciones inhumanas, y de forma general absolutamente incomunicados” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 1524).

1.2.3 Delitos que se cometieron

La sentencia analiza y expone la prueba presentada para cada uno de los 700 casos por los que se elevó acusación fiscal en el Considerando Cuarto, pero realiza un análisis de los antecedentes y desarrollo del sistema general en el que se integran los hechos, en el Considerando Segundo.

Este se divide en veinte capítulos, que cubren una amplia gama de antecedentes de la dictadura y las acciones de los grupos subversivos, así como los métodos brutales utilizados por los agentes militares para reprimir la disidencia y la oposición al régimen, y se dan por probados los delitos de secuestro, desaparición forzada, tortura, asesinato y encubrimiento de estas acciones.

1.2.3.1 Privaciones ilegítimas de libertad

La forma de las detenciones se reseña en el capítulo XI. Se relevan las características comunes en las privaciones de libertad de cientos de víctimas (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 112).

En la sentencia, el delito con mayor número de penas fue el de privación ilegítima de la libertad, con un total de 496 casos que conllevaron condenas.

Según los testimonios tomados en audiencia en la misma causa y hechos acreditados en otros expedientes agregados como prueba, estas características fueron:

- 1) *Los secuestros eran llevados a cabo por individuos pertenecientes a las Fuerzas Armadas. Proclamaban pertenecer al Ejército, Marina, Fuerza Aérea u otras fuerzas de seguridad y mediante esta autoridad amedrentaban a vecinos para que no se involucraran en los operativos. Siempre omitían sus nombres verdaderos o usaban nombres falsos. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 118 y ss).*
- 2) *El número de los secuestradores variaba, pero según las declaraciones recabadas por el tribunal se encontraba entre las 5 y 20 personas, siempre provistas con armas largas y ametralladora. Un número menor realizaba el allanamiento y arresto dentro de los domicilios mientras los demás aseguraban el exterior (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 1123 y ss). Los allanamientos y aprensiones eran realizados de forma extremadamente violenta y casi siempre con amenazas y violencia en contra de los convivientes de los secuestrados.*

- 3) *Como se ha mencionado anteriormente las operaciones ilegales se realizaban dando aviso previo a las autoridades militares y policiales de la zona, denominada “Área libre”. Esta práctica tenía la intención de evitar la interferencia casual de efectivos ante la presencia anónima de grupos armados. En ocasiones al no mediar este aviso o ser ignorado se producían enfrentamientos entre fuerzas policiales y militares. En ocasiones servía también para solicitar apoyo en la captura y detención en cuarteles policiales de las víctimas (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 126). Esta práctica fue reconocida por el Teniente General Viola.*
- 4) *Los secuestros ocurrían durante la noche, en los domicilios de las víctimas, y siendo acompañados en muchos casos por el saqueo de los bienes de la vivienda. Esto disminuía las posibilidades de respuesta de los detenidos y aumentaba la sensación de temor generalizado en la comunidad en general. Según las cifras expuestas en la causa aproximadamente dos tercios de las detenciones ocurrían en estas condiciones. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 133 y ss.). Mediante la falsificación de identificaciones y certificados, incluso se realizaba la venta de bienes inmuebles (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 152).*
- 5) *Las víctimas eran introducidas en vehículos impidiéndosele ver o comunicarse, y adoptándose medidas para ocultarlas a la vista del público. Siempre se mantenía a las víctimas cubiertas ya fuera sus rostros o su cuerpo completo para evitar que el público pudiera identificarlos y que estos supieran el destino al que se dirigían. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 146).*

Estas privaciones de libertad son calificadas como ilegales porque “a pesar de contar con normas especiales para la lucha contra la subversión que daban amplias facultades estas se violaban, dado que éstas no eran ordenadas por el Poder Ejecutivo, se ocultaba activamente no se dejando registro del aprisionamiento de las víctimas, y no se respetaba la obligación de poner a disposición del Poder Ejecutivo o los tribunales militares o civiles dentro de un período limitado a los sospechosos de delitos subversivos” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 238 y 289).

Se pone en énfasis en la sentencia, que, el Estado tenía los medios y venía desarrollando las acciones tendientes al control del accionar “terrorista”. Comienza a aparecer un elemento que será característico del fallo: la discusión entre lo público y lo clandestino. La legalidad (y la legitimidad) quedan, a criterio de la Cámara, determinados por el carácter público del accionar del Estado, y no se

pone en cuestión si se trata de un Estado constitucional o de facto. Se presenta un Estado constitucional que tenía los medios para resolver la situación. De este modo, se construye la argumentación, de que, “teniendo el Estado los medios legales para reprimir a las organizaciones terroristas, las Fuerzas Armadas habrían preferido hacerlo clandestinamente” (Silveyra, 2020).

El destino de las víctimas eran los Centros Clandestinos de Detención en la nomenclatura del informe de la CONADEP (El Nunca más, pág. 62) o Lugares de Reunión de Detenidos como eran denominados eufemísticamente en la jerga militar (Relevamiento y análisis documental de los archivos de las Fuerzas Armadas 1976-1983, pág. 262). Estos Centros funcionaban en dependencias que pertenecían a las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas, fuerzas policiales, gendarmería o ajenos como edificios abandonados o el anexo de un hospital que eran apropiados especialmente para estos fines (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 155 yss.). En el proceso se da cuenta de 35 de estos centros.

En el proceso se presentaron testimonios que apuntan a que “el personal que realizaba labores de guardia o estaban sujetos a tareas normales de los que funcionaban cuarteles por lo general no participaban en los delitos que en ellos se cometían, pero conocían de ellos y mantenían las condiciones necesarias para que se llevaran a cabo” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 163).

El tribunal define que existían tres destinos posibles para los cautivos: la liberación bajo vigilancia, ser puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o la desaparición.

En el primer caso, las víctimas eran liberadas, pero seguían estando bajo el control de los mismos grupos que las habían secuestrado y torturado, sometidas a diversas medidas de vigilancia y restricción.

En cuanto a ser entregadas al Poder Ejecutivo, esto siempre ocurría después de que se excedieran los plazos permitidos por el artículo 23 de la Constitución. Para ocultar esta violación de los plazos, se falsificaban los decretos de detención correspondientes para que coincidieran con el período establecido por la ley. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 238).

Por último, respecto de las restantes personas privadas de libertad ilegalmente en que el tribunal no pudo determinar su paradero o destino, estimó que “continuaba su privación de libertad en calidad de desaparecidos. La Cámara agregó que las detenciones ilegales no serían saneadas por una posible liberación y que a pesar de los fuertes indicios del destino mortal de los desaparecidos, no se atribuyó

como homicidio ningún caso en que no existiera evidencia del respectivo cadáver” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 241 y ss.).

1.2.3.2 Imposición de tormentos

De las declaraciones de los testigos y víctimas que constan en el proceso se puede apreciar que existía uniformidad en la presencia de interrogatorios bajo tormentos en todos los campos de detención no importando la rama armada al cual correspondiera o su ubicación geográfica.

“De los relatos de todos los testigos que fueron víctimas de secuestros, se desprende el total estado de indefensión en que se hallaban pues, principalmente de hecho, aunque también de palabra, se le hacía conocer que se encontraban absolutamente desprotegidos y sometidos a la exclusiva voluntad de los secuestradores.” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 205)

Su permanencia, trato y suerte en estos lugares dependía completamente de los equipos de tarea o “patota” que habían realizado sus detenciones y por lo general estaba condicionada por la obtención de la información o el uso que se hacía de familiares y cercanos para amedrentar a otros detenidos (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 205).

La Cámara Federal reafirmó la fuerza probatoria de los testimonios que tuvo a la vista para esta cuestión de hecho a pesar de la ausencia de peritajes médicos practicados al momento de los delitos o al tiempo del juicio, en que, a pesar del tiempo transcurrido, se pudiesen establecer inequívocamente las lesiones producidas.

Esto, en base a que “las reglas de apreciación de la prueba imperantes en la jurisdicción militar permiten que la gran cantidad de testimonios concordantes entre sí y los vertidos en expedientes tenidos a la vista, formen convicción en base a las reglas de la sana crítica” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 209).

1.2.3.3 Desaparición y destino de los cuerpos

En la sentencia dictada por la Cámara Federal se reconoce la falta de testimonios directos sobre la forma en que se daba muerte y se realizaba la desaparición física de los cadáveres, pero da cuenta de diversos hechos que permiten inferir el destino de los miles de desaparecidos por el actuar de las Fuerzas Armadas.

Entre estos se relatan el llamativo aumento de la aparición de cadáveres no identificados en la costa del mar y en ríos (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 243).

También dentro de esta consideración se incluye el hecho de que “durante los primeros años de la represión existió un gran número de inhumaciones bajo el rubro N.N., en muchos casos siendo estos entregados directamente por personal militar quienes de modo general no entregaban documentación alguna sobre la identidad de las víctimas” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 246 y ss.).

Además, el tribunal tomó en cuenta los testimonios de víctimas y funcionarios de los Centros Clandestinos de Detención que daban cuenta de que una vez que las víctimas eran trasladadas desde uno de ellos significaba por lo general la muerte. Desde ese momento no se volvía a tener noticia de ellos y tiempo después sus cuerpos sin vida eran hallados (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 254).

Para finalizar este razonamiento, la sentencia apunta a la promulgación de la ley 22.062, que otorgaba a los familiares de los desaparecidos facilidades para tanto la declaración de muerte presunta por desaparición como el acceso a los beneficios sociales asociados, lo que refuerza que el gobierno de la época estaba en conocimiento del destino de las víctimas (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 255).

En resumen, los hechos probados por la CF, señalados anteriormente y que la misma Corte reseña en el considerando 7° N° 1 de su Sentencia corresponden a:

- i. 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) 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 descripto anteriormente en la clandestinidad,
 - f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido.
- ii. Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquéllas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente.
 - iii. 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.
 - iv. 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.
 - v. 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.

1.3 Formas de autoría y participación en la judicatura argentina

Para analizar las formas de autoría y participación en la judicatura argentina las Cortes analizaron la doctrina y jurisprudencia a la luz de los artículos 45, 46, 47, 48, 49 del Código Penal argentino, que regulan la autoría y participación ordinaria del país trasandino, los artículos 513, 514 del Código de Justicia Militar argentina que regulan la autoría y participación respecto de delitos castrenses, los artículos 7 y 12 de la ley 19.101, respecto del deber de obediencia y los grados de jerarquía para el mando, y los artículos 1, 667, 674, 675 de la Reglamentación de Justicia Militar, que se refieren a la superioridad de mando, deberes de respeto y obediencia a los superiores y las sanciones a la falta a estos deberes.

Además, se distinguen diversas teorías a través de las cuales analizar la autoría y participación: La tesis del concepto único de autor, teorías objetivo-materiales, teorías objetivo-formales, teoría subjetiva y finalmente, la teoría del dominio del hecho.

La tesis del concepto único de autor señala en términos generales que cualquier contribución causal al resultado típico debe ser considerada autoría, reconociendo la necesidad de diferenciar entre

los roles que se entienden centrales de los que se consideran accesorios a estos (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1588).

Por otro lado, las teorías objetivo-materiales se definen como las que “para establecer la distinción entre autoría y participación, acuden a criterios diferentes a la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho, siendo por tanto objetivas y con un carácter material” (Gómez González, 2003).

En las teorías objetivo-formales, es considerado autor el que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las conductas descritas en los tipos penales, así, los demás que intervengan tendrán tan solo la calidad de cómplice (López Camelo & Jarque, pág. 300).

La teoría subjetiva, por otro lado, señala que para diferenciar entre autor y cómplice es necesario atender al “animus” que tenga el sujeto, así, se entiende que “que “la diferenciación entre autor y partícipe debe buscarse en la posición subjetiva que el agente interviniente adopte: será autor el que actúe con *animus auctoris*, lo que significa que quiere el hecho como propio, y partícipe el que lo haga con *animus socii*, cuando solo quiere participar en un hecho ajeno” (López Camelo & Jarque, págs. 295-296).

Finalmente, la teoría del dominio del hecho señala que el autor es el que domina el hecho delictivo, el que retiene en sus manos el curso causal de los acontecimientos, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito y dirige el proceso que desemboca en dicha producción. De acuerdo a Welzel, será considerado “autor a quien, mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo, 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” (Derecho Penal Alemán, pág. 143).

En este trabajo sobre autoría mediata por aparato organizado de poder, es necesario enfocarse en las consideraciones de los tribunales acerca de la participación de los encausados.

En la Causa 13/84, la Cámara Federal y en la Causa 13/85, la Corte Suprema, adoptaron posturas divergentes en cuanto a la forma de participación de los acusados en los delitos en cuestión. En esta sección, se examinarán los argumentos presentados por ambos tribunales en relación con la participación y se presentarán las conclusiones a las que llegaron.

1.4 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital

En la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones, se analizan los criterios de atribución de responsabilidad en el Considerando Séptimo, llegando a la conclusión de que los Comandantes en Jefe fueron autores mediatos de los delitos cometidos, mediante la dirección que tenían de las diversas ramas de las Fuerzas Armadas. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 33).

1.4.1 Autor Mediato

La Cámara sostiene en su argumentación que los procesados serían autores mediatos de los delitos juzgados, esto es, que, para ejecutar la acción típica, se sirvieron de otra u otras personas como instrumento, dominando la voluntad de los ejecutores.

Al efecto señala el Tribunal que “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” (...) 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. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591).

La Cámara Federal inicia su razonamiento postulando que los hechos juzgados son de jurisdicción militar, por lo que corresponde analizar la responsabilidad de los procesados a la luz del Código de Justicia Militar Argentino.

El art. 513 del Código de Justicia Militar se remite al Código Penal para establecer la participación, señalando como excepciones las mencionadas en el art. 514:

“Cuando se haya cometido el 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 respecto, el art. 11 de la ley 23.049, que interpreta de forma auténtica el art. 514 del Código de Justicia Militar, señala que “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” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591).

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido art. 7° de la Ley 19.101, es deber esencial impuesto por el estado militar, el ejercicio de las facultades de mando, y disciplinarias que a cada grado correspondan, y según el art. 12, la superioridad militar se regla en razón del cargo, jerarquía o antigüedad (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591).

Además, en el art. 1 de la Reglamentación de Justicia Militar dispone la superioridad de grado o de mando, y que la superioridad de mando establece el respeto y la obediencia del subordinado. Además, se sanciona la insubordinación y desobediencia en los arts. 667, 674 y 675 de la misma reglamentación (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591).

Al analizar las disposiciones mencionadas, la Cámara Federal llega a la conclusión de que “en el caso de autos resulta aplicable la excepción mencionada en el art. 514, siendo responsables los superiores, quienes dieron las órdenes de servicio ejecutadas por los subalternos que cometieron materialmente los delitos, ya que estos, debido a la naturaleza de la organización militar, según los artículos 7 y 12 de la Ley 19.101 y 1, 667, 674 y 675 de la Reglamentación de Justicia Militar, los subalternos no tienen capacidad decisoria en el funcionamiento de la organización, siendo esta absolutamente jerárquica y sancionadora de cualquier tipo de insubordinación y desobediencia” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591).

Para fundar esta tesis, la Cámara se basa en la teoría del dominio del hecho, señalando que “la forma del 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” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1597).

Los acusados, en su papel de máximas autoridades de sus fuerzas militares, tomaron la decisión de enfrentar la guerrilla terrorista mediante la comisión de actos delictivos, en un momento en que ya existía un marco legal destinado para enfrentar ese tipo de lucha.

Así, “las instrucciones de los procesados dejaron sin efecto este marco solo en lo que se oponía a estas, como por ejemplo para determinar el lugar de detención, el trato al prisionero, la intervención inmediata de la justicia, entre otros” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1600).

De esta forma, “se entremezclaron la estructura militar habitual, las órdenes ilícitas y una fuerte campaña interna para justificar las acciones de ‘guerra no convencional’ formando lo que en el juicio se denominó como plan criminal” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1599).

Este plan criminal también aseguraba la impunidad para los perpetradores, quienes llevaron a cabo sus acciones sin ser detectados y en secreto total. Se tomaron medidas extremas para evitar cualquier interferencia o prevención del delito, como establecer áreas liberadas, negar la ocurrencia de los hechos frente a autoridades o familiares de las víctimas, dar respuestas falsas a los requerimientos de jueces, simular investigaciones sobre los hechos y atribuir las desapariciones a razones vagas. (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, págs. 1600-1601).

Así, la Cámara llega a la conclusión de que “los procesados tenían el dominio del hecho debido a que tenían el control de la organización que produjo los hechos delictivos que fundan este caso, y que estos hechos, en definitiva, no son azarosos, sino que son la consecuencia directa de las órdenes de los procesados en razón de la estrategia bélica contra los “grupos subversivos” y de las acciones positivas de encubrimiento de dichos hechos atroces” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1602).

Dado este contexto y considerando la importancia que se le da al cumplimiento de las órdenes en el orden jurídico castrense, se puede presumir que muchos de los ejecutores materiales de los delitos que fundan este caso se encontraron amparados bajo alguna eximente de la responsabilidad, en particular, la obediencia debida o algún error invencible respecto de la legitimidad de las órdenes que recibieron, en el sentido de que este mismo ordenamiento sanciona las insubordinaciones y establece una estricta cadena de mando basada en la jerarquía (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1599).

Sin embargo, “se reconoce que dentro de los subordinados hubo algunos que debían tener conocimiento o que participaron voluntariamente del sistema criminal” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1599).

Así, habría que determinar si es posible admitir la autoría mediata en los casos en que tanto el instrumento como el autor mediato pueden ser responsables del hecho delictivo.

A este respecto, la corte señala que “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”, por lo que, según la doctrina (Jescheck, 1981, pág. 920), la autoría mediata termina allí donde hay un autor plenamente responsable.

Sin perjuicio de lo anterior, existen supuestos que admiten la coexistencia de la autoría mediata con un ejecutor responsable. Este es el caso del aparato organizado de poder, caracterizado por la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como persona individual, sino que como un “mero engranaje en una gigantesca máquina” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1602), en palabras Claus Roxin, su principal teórico, este caso se trata del que hace ejecutar el hecho "mediante otro, cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada" (Roxin, pág. 337)

1.4.2 Coautor

La Cámara no se refiere en particular a la coautoría, sin embargo, señala que los actos de encubrimiento de los hechos y aseguramiento de la impunidad para todos los partícipes, por parte de los procesados podría considerarse un caso de coautoría por división de funciones (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1603).

En ese sentido, y en relación con la problemática respecto de si es posible concebir autoría mediata en tanto el ejecutor es plenamente responsable, es que el Tribunal señala que es posible que se esté frente a un caso de coautoría, en tanto las funciones de encubrimiento realizadas por los procesados resultan indispensables para la perpetración de los delitos en comento con completa impunidad para los responsables.

Así, de acuerdo con esta interpretación, que no es extensamente tratada en la sentencia de la Cámara, los ejecutores serían coautores, teniendo como función la realización de los delitos, mientras que los procesados lo serían también, teniendo como función el procurar la impunidad de los primeros (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1603). La cámara también señala que las acciones de los procesados respecto del aseguramiento de la

impunidad podrían considerarse como actos de complicidad, sin embargo, se descarta esta tesis debido a que ante la posibilidad de que concursen distintas formas de intervención en el delito, toda otra forma de participación es desplazada por la autoría, englobándolas dentro de ella.

1.4.3 Autor

Sin perjuicio de que la Cámara considera que el orden jurídico aplicable es el militar, ésta de igual forma se pone en el supuesto de la aplicación del derecho ordinario para la solución del caso, analizando el artículo 45 del Código Penal, que trata el concepto de autor, y sus alcances.

La autoría y participación se encuentran reguladas en los artículos 45 y siguientes del Código Penal Argentino, y respecto de la autoría el artículo 45 señala que *“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”*.

A través de un análisis de las redacciones anteriores de las normativas respecto de la autoría en el Derecho Penal argentino, la Cámara llega a la conclusión de que el sistema incluye en el concepto de autor al cómplice primario y al determinador. Esta última categoría no solo comprende al instigador, sino que también al autor mediato (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1605).

Al respecto Rodolfo Moreno señala que “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 la 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. Habla así de consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, inducción en error y confirmación del mismo. El código ha suprimido las enumeraciones que son innecesarias, desde que el concepto genérico es bien claro” (Moreno, pág. 31).

1.5 Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, con fecha 30 de diciembre de 1986, en la ciudad de Buenos Aires, falló en los autos conocidos en virtud de los recursos extraordinarios interpuestos por las partes contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, confirmando en lo sustancial la sentencia apelada, pero atenuando la

situación de Viola y Agosti, cambiando la calificación de su autoría como "autores mediatos" por la de "partícipes como cooperadores necesarios".

A continuación, se analizarán los considerandos de la sentencia en que la Corte establece los criterios de atribución de autoría y participación.

1.5.1 Cómplice

La principal diferencia de la sentencia de la Corte Suprema con la dictada por la Cámara Federal, es que toma una posición diferente respecto de la calidad jurídica de los procesados en torno a su participación en los hechos que fundan esta causa. No los considera autores mediatos, sino que partícipes necesarios de los hechos probados por la cooperación que prestaron para su comisión a sus respectivos subordinados (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1704).

La participación necesaria en el derecho argentino se encuentra regulada en el artículo 45 del Código Penal, el cual señala que serán castigados con la pena establecida para el delito los que “prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse” el hecho delictivo.

En la sentencia de la Cámara se dan por probados hechos que, a juicio de la Corte Suprema, fundan la tesis de la participación necesaria, como por ejemplo que “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 capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, interrogarlos bajo tortura, someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral, realizar todo esto en clandestinidad absoluta, y otorgar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido (dejarlo en libertad, someterlo a proceso civil o militar, o simplemente eliminarlo físicamente). Además de la garantía de impunidad otorgada por los mismos procesados, y la provisión de los medios necesarios a los cuadros inferiores para la realización de los hechos atroces del caso” (Fallo de la Corte Suprema, págs. 1694-1695).

Así, la Corte considera que “corresponde cambiar la calificación jurídica de la participación de los procesados en atención a que su actividad tuvo el rol de coadyuvar a la realización de los delitos, siendo su participación ajena a la realización típica como ejecución, ya que las acciones realizadas por los procesados no se condicen con la realización del tipo, sino que solo garantizaron que los delitos pudiesen realizarse y otorgaron condiciones de impunidad sin las cuales los hechos delictivos que fundan la causa no se hubieran realizado” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1708).

A criterio de la Corte, aunque el Código Penal establezca la misma pena para el autor y el cómplice necesario según el artículo 45, la estructura de la conducta en ambos casos es diferente, lo que implica que la calificación jurídica también debe ser distinta. (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1708).

1.5.2 Autor mediato.

Como se adelantaba al tratar la complicidad a los ojos de la Corte Suprema, este Tribunal rechaza la postura adoptada por la Cámara Federal respecto de la participación de los procesados, considerando errónea la interpretación hecha por la misma respecto de la autoría mediata, considerando, además, inaplicable el artículo 514 del Código de Justicia Militar y señalando que la autoría se debiese determinar a través de las normas del Código Penal (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1696).

De acuerdo a este Tribunal, la interpretación realizada por la Cámara respecto al artículo 514 del Código de Justicia Militar (tal artículo dispone que cuando se cometiera delito por una orden del servicio, será único responsable el superior que dio la orden, en tanto que el subordinado será considerado cómplice) no resulta adecuada a derecho, puesto que, para entender que se aplica al caso, se debe cumplir alguna de tres hipótesis que expone.

La primera hipótesis, de acuerdo a la Corte, mira únicamente al superior, trasladándole la responsabilidad por el delito cometido por el subalterno comprendido en la orden de servicio, “ya sea porque supone el error del inferior o bien porque el acto importa un abuso-conexo e inmediatamente vinculado a la orden del servicio conforme a su carácter corriente, y relativo a la actividad militar en la esfera que le es propia”.

Así, esta primera hipótesis solo aplicaría dentro de la esfera de la actividad militar, y no se estaría dentro de esta cuando, en tiempos de paz se ordenare cometer delitos de homicidio, tortura y privación ilegal de la libertad respecto de civiles. De esta forma según la Corte, el artículo 514 referido, implica “una transferencia de la responsabilidad al superior, “fundada en la distribución de funciones y en el fin de asegurar la disciplina con mayor rigor”, siendo entonces, una transferencia de la responsabilidad penal y no de la calidad de autor, con el solo objeto de imponer disciplina en la institución” (Fallo de la Corte Suprema, págs. 1696-1697).

Luego, la segunda hipótesis contemplada en el artículo en comento se refiere al subordinado, a quien se considera cómplice en el exceso que hubiera cometido, esto es, en los actos que realizare y que no estuviesen contemplados en las órdenes que entregó el superior, abarcando así algunos supuestos de la relación entre superior y subordinado que “resulten de una actividad comprendida en cierto modo en

la orden y que la torpeza del superior favorece; o bien por estar abarcado -el exceso- en el dolo eventual de quien dio la orden” (Fallo de la Corte Suprema, págs. 1696-1697).

Y finalmente, para fundar la transferencia de responsabilidad, la tercera hipótesis entiende la orden del servicio “como una forma del cumplimiento del deber por el superior”, por lo que es el superior quien debe vigilar la ejecución de la orden por parte del subordinado, siendo también parte del deber del superior el control del cumplimiento de la orden y debiendo así responsabilizarse por la “inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1697).

En relación con lo anterior, la Corte analiza el alcance de la expresión “órdenes de servicio”, señalando que los delitos cometidos en el contexto de la ejecución de una orden de servicio, son “aquellos conexos con el ámbito de la función”, excluyendo del alcance de la expresión a los delitos cometidos en tiempos de paz, así “únicamente están comprendidos en esta norma aquellos hechos ilícitos que por sus características fácticas se ven conectados con la finalidad de la orden” hallándose “dentro del circuito de los hechos próximos, vinculados inicialmente a la competencia y al deber del superior, cuando el sujeto pasivo o las cosas están en el espacio propio de esa competencia” (Fallo de la Corte Suprema, págs. 1697-1698).

Así, teniendo en consideración la aplicación del artículo 187 del Código de Justicia Militar, que establece la obligación de denunciar la perpetración de delitos sujetos a la jurisdicción de los tribunales militares so pena de cometer el delito de encubrimiento, y no verificándose ninguna de las hipótesis contempladas en el artículo 514 referido, según la Corte debiese aplicarse el artículo 513 del mismo cuerpo legal, el cual nos remite expresamente a la aplicación del derecho penal ordinario, debiendo determinarse la autoría de acuerdo con los artículos 45 y siguientes del Código Penal, ya que de lo contrario, se estaría realizando una interpretación extensiva en perjuicio de los procesados, atribuyéndoles un grado de participación más relevante y agravando su situación, lo cual se encuentra prohibido en virtud del principio de legalidad, contenido en el artículo 18 de la Constitución argentina (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1699).

A ojos de la Corte, la Cámara Federal no solo interpretó de manera extensiva el artículo 514 del Código de Justicia Militar, sino que también lo hizo con artículo 45 del Código Penal, lesionando el mismo artículo 18 de la Constitución Nacional al inferir de las expresiones “tomasen parte en la ejecución del hecho” y “hubiesen determinado a otro a cometerlo” la existencia de un supuesto legal de autoría mediata (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1700).

Además, la Corte, señala que la doctrina en el derecho comparado no ha aceptado al dominio del hecho como criterio decisivo para determinar la autoría, sino que las más aceptadas en los ordenamientos jurídicos extranjeros son las de corte formal objetivo. De acuerdo a estas teorías, es considerado autor “aquél que realiza todos los hechos que la consumación del tipo exige, ejecutándolo o interviniendo en su ejecución, vale decir, el que pone en obra la acción u omisión definida por la ley, de manera que cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1701).

En ese sentido la Corte cita a Jeschek, quien señala que “solo puede ser autor quien ‘en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuyó a dominar el curso del hecho’, aceptando los clásicos casos de autoría mediata con instrumento no responsable, consentidos por la doctrina, en los que la influencia del autor mediato equivale a la comisión directa del delito”. Señala, además, que “en el caso en que se encuentre frente a un instrumento plenamente responsable, que actúa de manera típica y antijurídica, no existiría autor mediato, sino que se trataría de un simple inductor o instigador, en la medida en que, de acuerdo con el artículo 45 del Código Penal, ‘determinare directamente a otro’ culpable a cometer el delito” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1702).

En consecuencia, la Corte explica que “en las circunstancias fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extra típicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del arto 45 del Código Penal, porque éstos están en el campo de la ejecución en cuanto al principio de ejecución (art. 43 del Código Penal) y consumación (art. 45)”. (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1704)

2. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS SEGÚN LOS CRITERIOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En el presente capítulo se estudiarán los criterios de autoría mediata a los ojos de la Corte Penal Internacional, revisando los requisitos que aplica, según lo dispuesto en el Estatuto de Roma. Así, se enunciarán y analizarán brevemente las distintas formas de participación relevantes para efectos de este trabajo de investigación.

A continuación, se contrastarán los hechos de la causa 13/84, objeto de esta investigación, con los requisitos establecidos por la Corte para considerar la existencia de autoría mediata.

Finalmente, se aplicarán los criterios predominantes en las decisiones de la Corte Penal Internacional a las sentencias del Poder Judicial argentino para comprobar si los argumentos presentes en la sentencia de la Cámara Federal respecto a la autoría mediata se adecuan más al desarrollo del Derecho Penal Internacional actual, que los argumentos presentes en la sentencia dictada por la Corte Suprema, y razonar si contribuiría a una mejor aplicación de la justicia a los casos de comisión de crímenes de lesa humanidad.

2.1 Consideraciones preliminares

Al analizar los criterios respecto a autoría y participación que tiene como objetivo principal este ensayo existe una dificultad que debe ser sorteada. La comparación entre los criterios desplegados por tribunales disímiles como la Cámara Federal de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia argentinas en la década de 1980 y la Corte Penal Internacional desde el año 2002 puede llevar a conclusiones equívocas.

Los tribunales nacionales que participaron en el juzgamiento a las Junta Militares lo hicieron considerándolos bajo el prisma de los delitos comunes tipificados por el ordenamiento penal vigente a la fecha y no los caracterizaron como crímenes de lesa humanidad como son aquellos bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, según el Estatuto de Roma. Ambas categorías obedecen a regulaciones y principios diferentes, motivo por el cual debemos establecer un paralelo que articule un marco de referencia para comparar.

Teniendo esto en cuenta se recogerán informes de organismos internacionales de Derechos Humanos y sentencias de tribunales argentinos que se han pronunciado posteriormente a la causa 13/84 sobre los mismos hechos, calificándolos como crímenes de lesa humanidad.

Además, a fin de reforzar que en la jurisdicción de la CPI se revisaría la causa de la misma manera, se expondrán las circunstancias de hecho que ésta ha considerado que configuran este tipo de crímenes.

Como crímenes de lesa humanidad se consideran, según el Estatuto de Roma, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación, tortura, violación o esclavitud sexual, desaparición forzada, el crimen del apartheid, entre otros actos inhumanos de similar carácter que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad o la salud mental o física, “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, como lo señala su artículo 7 N° 1.

De acuerdo con la doctrina “los crímenes de lesa humanidad apuntan a derechos humanos fundamentales reconocidos, en particular, la vida, la salud, la libertad y la dignidad”, además, “estas violaciones de derechos individuales llegan a ser crímenes contra el derecho internacional cuando son cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. (Werle & Jeßberger, pág. 554). Señala al respecto que este contexto de ataque sistemático es lo que le otorga este nivel de criminalidad, ya que se transgrediría un “estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana”. De esta forma, cuando estamos frente a delitos de lesa humanidad, el hecho “no afecta (...) exclusivamente a la víctima individual, sino a la comunidad internacional en su totalidad” (Werle & Jeßberger, págs. 554-555).

2.1.1 “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina” CIDH

Debido a las numerosas denuncias que recibió el CIDH, este organismo hizo presente al gobierno argentino su interés por realizar una visita de inspección. A partir de estas gestiones se genera el “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina” que es publicado dentro del “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980”.

En el informe se concluye que en el periodo que abarca la investigación -1975 a 1979- se cometieron “numerosas y graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. Se enumeran los derechos que la Comisión Especial considera que han sido vulnerados o amenazados por el gobierno militar siendo los principales el derecho a la vida, al derecho a la libertad personal, al derecho a la seguridad e integridad personal y al derecho de justicia y proceso regular. Es de especial importancia la mención al concepto de desaparición forzada

que estaba comenzando a definirse en los organismos internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980, pág. III).

Consistente con estas observaciones, se recomienda al Estado argentino tomar medidas como investigar y promover el juicio a los asesinatos, desapariciones forzadas, torturas y apremios ilegítimos que las denuncias atribuyen a agentes del Estado. También una serie de medidas para evitar vulneraciones futuras como mejorar el registro de personas detenidas, instruir a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad sobre DDHH que gozan los prisioneros y que el Poder Ejecutivo Nacional respete las normas constitucionales que le otorgan la facultad para ordenar la detención de sus ciudadanos en estado de sitio (art. 23 de la Constitución). (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980, pág. conclusiones)

De esta forma la Comisión, a pesar de no tener las atribuciones para dictar una sentencia reconoce las evidencias percibidas que respaldan las denuncias y los hechos en ellas contenidas para calificarlas como crímenes en contra de los derechos humanos de una forma consistente con la definición del Derecho Internacional de los DDHH.

2.1.2 Leyes de Impunidad

Posterior a la dictadura y al Juicio a las Juntas, se dictaron dos leyes y un indulto que buscaban limitar la capacidad del Poder Judicial de juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura. Esto se hizo mediante la presentación y aprobación legislativa de las leyes 23.492 del año 1986 y 23.521 del año 1987, conocidas como de Punto Final y de Obediencia Debida respectivamente.

La Ley de Punto Final declaraba extinta la acción penal por los delitos cometidos en el contexto de la lucha contra la subversión, si no se iniciaba un juicio o al menos se llamaba a prestar declaración indagatoria al imputado dentro de un plazo de 60 días desde la entrada en vigencia de la ley, imposibilitando el inicio de miles de causas por la imposición de un plazo brevísimo.

La ley de Obediencia Debida estableció la presunción de derecho de que cualquier militar bajo el rango de coronel participante en los delitos cometidos lo hacía en virtud de obediencia debida, lo que bajo el artículo 514 del CJM eximía de responsabilidad a los subalternos.

Estas normas llevaron a un periodo en el que era imposible la persecución de los delitos perpetrados en Dictadura a pesar de las continuas denuncias y querellas presentadas por las víctimas y sus cercanos que agotando los recursos judiciales nacionales se presentaron ante la CIDH.

Esta situación fue sometida a revisión de la CIDH por 6 denuncias presentadas desde el año 1987 en las que se acusaba a Argentina por cancelar, impedir o dificultar los juicios a miembros de las Fuerzas Armadas por violaciones a los DDHH, mediante la dictación y aplicación de las leyes referidas. La CIDH redactó un informe basado en las denuncias presentadas y las defensas opuestas por el Estado de Argentina que fue publicado el año 1992.

Este informe se centra en la vulneración a los derechos a las garantías y protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, abocándose a los efectos que tenían las leyes de amnistía de impedir el acceso a la justicia para los denunciados.

El informe de la Comisión se enfoca en que la vulneración a los derechos fundamentales del Estado argentino no se refiere a los crímenes cometidos en la dictadura si no a la dictación misma de las leyes por lo que las obligaciones para Argentina se encontraban en plena vigencia al dictar las leyes impugnadas.

El informe concluye que las leyes de Obediencia Debida, Punto Final y los decretos de indulto son incompatibles con los artículos 8 y 25 en relación al 1.1 de la Convención y recomienda adoptar las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.

Si bien este informe se centra en la violación de los DDHH al acceso a la justicia, en las mismas conclusiones del informe se refiere explícitamente a los delitos sufridos por los denunciados como violaciones de derechos humanos que deben ser investigadas y condenadas.

2.1.3 Tribunales Nacionales

Para poner fin a este periodo de impunidad debieron ocurrir varios cambios en la institucionalidad argentina.

En primer lugar, la incorporación por medio de una reforma constitucional el año 1994 en que se dio estatus constitucional a los Tratados Internacionales debidamente ratificados por el Congreso.

Al año siguiente, pasaron por este proceso tanto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que fue ratificada por la ley 24.556, como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad el año 2003,

mediante la ley 24.584, y, por tanto, fueron integradas al ordenamiento jurídico interno argentino lo que forzaba la aplicación de la normativa internacional en los procedimientos internos.

Por otro lado, en sede legislativa se dictaron dos leyes que buscaban privar de sus efectos las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. La Ley 24.952 de 1998 derogaba ambas leyes, pero sólo operaba a futuro y la Ley 25.779 del año 2003 que las declara insanablemente nulas *ab initio* (Fernández Valle, pág. 166).

Estas circunstancias abren finalmente el camino para que el Poder Judicial pudiera perseguir los delitos cometidos durante el régimen militar.

2.1.3.1 Corte Suprema

Respecto a la calidad de crímenes de lesa humanidad de aquellos cometidos en la dictadura, el caso más emblemático fue la Causa N° 17.768 caratulada “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.” en que la Corte Suprema se pronunció sobre los delitos cometidos en dictadura, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, ratificó la constitucionalidad de las leyes que las derogaron y la aplicación de los tratados de Derechos Humanos en sede penal. (Simón, Julio, Héctor y otros sobre privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete), 2005)

En esta causa, Julio Héctor Simón fue imputado como autor material de secuestro, torturas y desaparición en contra de José Liborio Poblete Rosa, su esposa Gertrudis Marta Hlaczik y de la sustracción y adopción irregular de la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete. Es necesario indicar que las víctimas Hlaczik y Poblete fueron los casos N° 93 y N° 94 de los que fueron conocidos en la Causa 13/84 lo que conecta directamente la calificación de delitos de lesa humanidad que se haga en la Sentencia que se analiza con los que fueron objeto del Juicio a las Juntas.

Es relevante que la Corte Suprema declara que “la evolución de la del Derecho Internacional de los Humanos en el ordenamiento interno hace imposible ignorar los tratados internacionales en la materia además de las organizaciones internacionales dedicadas a su control, particularmente los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH” (Simón, Julio Héctor y otros , 2005, pág. 107).

Asimismo, se apoya en la jurisprudencia de la CIDH que fue iniciada en los casos Velásquez Rodríguez y Barrios Altos y que sentó las bases para una labor jurisdiccional consistente.

En el caso Velásquez se declaró que “la obligación de los Estados garantizar el cumplimiento y ejercicio de los derechos reconocidos por ella y del derecho a las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial llevaba implícita la obligación de prevenir, investigar y condenar los crímenes de lesa humanidad” (Simón, Julio, Héctor y otros sobre Privación Ilegítima de la Libertad, etc. (Poblete), pág. 109).

Sobre esta base, la Corte Suprema razona que toda ley que impida o limite la posibilidad de juicio a los crímenes en contra de la humanidad es inconstitucional, confirmando las resoluciones de los tribunales inferiores y declara la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, reafirmando la constitucionalidad de la ley 25.779.

Es de especial relevancia que la sentencia de la Corte Suprema atribuye a los delitos penales originarios de esta causa la calidad de delitos de lesa humanidad, lo que admite aplicar las normas de Derecho Internacional que permiten desarrollar el juicio⁴.

2.2 Formas de atribución relevantes bajo los criterios de la Corte Penal Internacional

2.2.1 Autoría

La autoría se encuentra consagrada en la letra a) del artículo 25.3 del Estatuto de Roma, señalando que “...será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

La Corte señala que para la atribución de responsabilidad el Estatuto de Roma contempla un criterio basado en el dominio del hecho, en el sentido de que “considerar autor solo a quien tenga control conjunto sobre el crimen como resultado de la contribución esencial atribuida a él” (Werle & Jeßberger, pág. 347).

⁴(...) se declara “la invalidez de los arts. 1° de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9) y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); y, a su vez, con apoyo en el art. 29 de la Constitución Nacional declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del art. 1° de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521” (Simón, Julio, Héctor y otros sobre Privación Ilegítima de la Libertad, etc. (Poblete), pág. 97).

La noción que sustenta este enfoque es que “los autores no están limitados sólo a aquellos que físicamente llevan a cabo uno de los elementos objetivos del crimen, sino que, también a los que dirigen su comisión, puesto que deciden si el crimen será cometido y cómo”. (Werle & Jeßberger, pág. 348).

Tradicionalmente, se han reconocido diversas formas de autoría que se pasará a analizar a continuación: autoría directa, autoría mediata, coautoría (directa) y coautoría mediata.

2.2.2 Autoría directa

Corresponde al primer supuesto del artículo 25.3.a), esto es, quien comete un crimen “por sí solo”, y para que se configure una hipótesis de autoría directa deben presentarse una serie de elementos objetivos y subjetivos.

Respecto de la parte objetiva, el único requisito que se contempla es que el autor debe llevar a cabo físicamente los elementos objetivos del crimen, esto es, en palabras de la Corte, que el autor es quien “lleva a cabo físicamente todos los elementos del delito” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo (Decision on the confirmation of charges), 2007, pág. 332).

Luego, el primer elemento subjetivo que la Corte reconoce como requisito para la autoría es que el autor debe actuar con conocimiento e intención, y el segundo, que el autor debe cumplir con cualquier elemento subjetivo especial que corresponda. Ambos requisitos subjetivos derivan de las reglas generales contempladas en el artículo 30 del Estatuto de Roma (Fernández Carter & Jiménez Laurence, pág. 50).

2.2.3 Autoría mediata

La autoría mediata se encuentra reconocida en la letra a) del artículo 25.3 del Estatuto de Roma, señalando como autor mediato a quien comete un crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Así, esta norma reconoce la existencia de dos formas de autoría mediata: la que se realiza mediante instrumento imputable, y la que se realiza mediante instrumento que carece de responsabilidad

penal (Werle & Jeßberger, pág. 363), zanjando así la discusión doctrinaria respecto de la procedencia de la figura de la autoría mediata en casos de instrumento penalmente responsable⁵.

La Corte, respecto de la autoría mediata, ha señalado que cometer un crimen “por conducto de otro” implica que el autor, quien tiene el control exclusivo sobre el crimen, lo comete utilizando a otra persona que lleva físicamente a cabo todos los elementos materiales del delito (Werle & Jeßberger, pág. 362). En uno de sus fallos, además, la Corte señaló como autores mediatos a quienes “controlan la voluntad de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos de crimen” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo (Decision on the confirmation of charges), 2007, pág. 332).

Para revisar los elementos objetivos y subjetivos de la autoría mediata, la Corte Penal Internacional solo lo hizo en relación al análisis de los casos de *Organsationsherrschaft*, esto es, “autoría mediata por el control de una organización” (Werle & Jeßberger, págs. 364-365), teoría desarrollada por Roxin.

En primer lugar, como elemento objetivo, se presenta la existencia de control sobre la organización (Werle & Jeßberger, pág. 365). Respecto a este requisito, la Corte ha señalado que la doctrina del control de la organización es uno de los casos en que tanto el autor mediato como el directo son responsables, siendo esta una verdadera hipótesis de “autor detrás del autor” (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga (Judgment pursuant), 2014, pág. 498).

Luego, como segundo requisito, la existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico (Werle & Jeßberger, pág. 365). En este caso, la Corte señaló que es necesario que exista una relación jerárquica entre superiores y subordinados, y que exista la cantidad suficiente de subordinados como para asegurar que la orden será cumplida por alguno de ellos, siendo crucial que el líder de la

⁵ Algunos autores como Werle han afirmado que el concepto de autoría mediata no ha sido regulado explícitamente por el derecho penal internacional, ni ha sido aplicado por la jurisprudencia internacional antes del Estatuto de Roma. En los tribunales ad hoc, el término “cometer” abarca la autoría directa y la intervención conjunta, como en la doctrina del propósito común, dejando fuera la cooperación. La autoría por conducto de otro no está reconocida como tal. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY, en sus sentencias de 3 de abril de 2007 y 17 de marzo de 2009 en los casos Brdanin y Krajisnik, ha reconocido que, a la luz de algunos casos posteriores a la segunda guerra mundial, tales como los casos Justice y RuSHA, un miembro de una empresa criminal común (“ECC”) puede utilizar a los autores materiales como “instrumentos” para cometer los delitos. Pero incluso antes, la exclusión de los autores materiales del grupo de los intervinientes en una ECC, en atención a su utilización como meros instrumentos por los auténticos miembros de la ECC, ya había sido explícita o implícitamente aceptada en las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Kordic, Krstic y Krajisnik, e incluso en la sentencia de apelación en el caso Stakic (Olásolo H. , 2013, págs. 180-181).

organización ejerza autoridad y control sobre la misma, traduciéndose esta autoridad en el cumplimiento de las órdenes por parte de los subordinados. De esta forma, el jefe debe utilizar el control y el poder que tiene sobre el aparato organizado para lograr la comisión de los crímenes (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of *The Prosecutor v. Germain Katanga* (Judgment pursuant), 2014, págs. 512-513).

Y finalmente, como último requisito objetivo, la ejecución de los crímenes se encuentra asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes (Werle & Jeßberger, págs. 365-366). Aquí la Corte señala que “esta mecanización debe asegurar que la ejecución del plan del jefe no se vea frustrado porque un subordinado falle, pudiendo ser éste reemplazado automáticamente por otro, esto es, que los subordinados son fungibles” (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of *The Prosecutor v. Germain Katanga* (Judgment pursuant), 2014, pág. 1408) .

Además, en algunos casos la Corte ha considerado relevante analizar el factor que cumplen los mecanismos de castigo a los subordinados para asegurar el cumplimiento de las órdenes (Situation in the Republic of Kenya in the case of *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kipono Kosegey and Joshua Arap Sang* (Decision on the Confirmations of Charges), 2012, pág. 313).

Por otro lado, como primer requisito subjetivo el conocimiento e intención, en los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma y cualquier elemento subjetivo especial que corresponda, de acuerdo con lo señalado en el acápite de coautoría (Werle & Jeßberger, pág. 367).

Como segundo requisito subjetivo, la corte establece el conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen (Werle & Jeßberger, pág. 367).

A este respecto la Corte señala que esta consciencia puede adoptar diversas formas, por ejemplo, en el caso *Katanga*, se manifiesta en el conocimiento del autor material sobre la posición que tenía en la organización, y las características esenciales de la misma (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of *The Prosecutor v. Germain Katanga* (Judgment pursuant), 2014, pág. 1415).

La Corte no ha profundizado mayormente en el análisis de esta forma de participación de manera independiente, sino que ha sido más estudiada, como se verá a continuación, con ocasión de la coautoría mediata.

Respecto de las sentencias en las que se aplica esta forma de responsabilidad, resulta interesante analizar el nivel de control sobre el instrumento que se requerirá para que la autoría mediata concurra,

siendo evidente que “si el control es absoluto, el instrumento no tendría responsabilidad en los hechos, en cambio si el control sobre el instrumento es muy bajo, no correspondería atribuirle autoría mediata al hombre de atrás, sino que alguna figura como la inducción, o la responsabilidad del superior” (Bantekas, pág. 60).

Por otro lado, esta forma de responsabilidad también ha sido criticada por considerarse el producto de una interpretación extensiva, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 22 del Estatuto de Roma, opinión que ha sido compartida incluso por jueces de la misma Corte (Bantekas, pág. 60) (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui (Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert), 2012).

Respecto de la autoría mediata por medio de aparato organizado de poder, cabe analizar el alcance que tendría la aplicación del Estatuto de Roma para estos casos, en el sentido de que este cuerpo normativo contempla la comisión de un crimen “por medio de otro” y no, por medio de una organización.

Así, la existencia del aparato, y el control sobre el mismo, no serían requisitos en sí, sino que serían “elementos que nos sirven para probar y fundar el control que existe sobre la voluntad del instrumento” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui (Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert), 2012, pág. 55).

2.3 Adecuación de los hechos a los criterios de la Corte Penal Internacional

Para poder hacer una comparación efectiva entre los criterios de los diferentes tribunales para definir la participación de un imputado en un crimen de lesa humanidad se realizará una aplicación hipotética de los criterios de la CPI reseñados previamente a los hechos que la Cámara Federal de Apelaciones dio por probados en la causa 13/84.

2.3.1.1 Existencia de control sobre la organización

Tratándose de comandantes en jefes de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas es presumible que los procesados tuvieron control sobre el aparato organizado mediante el cual se realizaron los crímenes.

Para los estándares de la CPI, se considera que tener dominio del hecho sobre la organización permite al superior “decidir si y como será cometido el delito” (Olásolo H. A., 2013, pág. 214) o como expone la Sala de Primera Instancia “concebir el crimen, supervisar su preparación en diferentes niveles

jerárquicos y controlar su realización y ejecución” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges), 2008, pág. 1412)

Previamente, es necesario hacer mención a las limitaciones que se hizo respecto a la prueba del control.

El tribunal consideró que la Fiscalía no logró producir prueba suficiente del involucramiento de la Junta Militar como conjunto y órgano independiente. Al contrario, se presentó abundante prueba testimonial indicando que “era cada Comandante el que se ocupaba tanto de la dictación de normas de las instrucciones a su rama militar, sin interferencia de los demás Comandantes” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 309).

El cargo de “Comandante en Jefe” fue el factor que utilizó el tribunal para establecer la existencia de un “dirigente” que ejerce control sobre las organizaciones que funcionaron como medios para la comisión de los crímenes que fueron objeto del juicio. En consecuencia, el segundo elemento objetivo del concepto de autoría mediata que revisamos requiere que tanto el dirigente como los autores materiales pertenezcan a una misma estructura organizada de poder, así como que exista una relación superior-subordinado entre el primero y los segundos.

Esto puede verse en que la atribución de responsabilidad se limitó solo a los delitos cometidos por miembros de cada rama y durante el periodo en que cada uno de los imputados se mantuvo en el cargo (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 309). Este razonamiento descartó la hipótesis de la coautoría y generó una amplia diferencia entre las condenas de cada uno de los inculpados.

El tribunal pone en relieve que “todas las disposiciones legales que organizan a las Fuerzas Armadas fueron mantenidas por la Dictadura, por lo que no existió interrupción o modificación a su forma de funcionamiento, lo que elimina la posibilidad de que los comandos superiores no tuvieran control sobre el actuar de sus subordinados a pesar de que las órdenes que llevaron a los delitos fueron secretas y por lo mismo, orales” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 301).

A pesar de no constar en órdenes o directivas escritas respecto a la comisión de los delitos, el tribunal consideró que las órdenes habían sido emitidas por los Comandantes en Jefe, por una serie de razonamientos, que se describen resumidamente, a continuación.

- i. *Testimonios de los mismos inculpados en que aseguran que en todo momento se mantuvo la cohesión de sus fuerzas y que ningún grupo operó independiente de sus órdenes. Numerosos oficiales atestiguaron que todas las operaciones, tanto las regulares como las de “lucha contra la subversión” seguían las directivas del comando superior (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 295). También se consideró la uniformidad a lo largo del país y cooperación entre las ramas de las fuerzas armadas en su actuar (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 296). También existe prueba documental en que los miembros de la Junta Militar se adjudican la victoria en la guerra contra la subversión, admitiendo que como parte de esta recurrieron al conjunto de métodos referidos como “guerra sucia”, a partir del año 1979, momento en el cual disminuyó dramáticamente la actividad criminal objeto del juicio, aunque no terminó definitivamente (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 297).*
- ii. *Los Comandantes en Jefe no solo dieron las órdenes que llevaron a la comisión de los delitos sino que se aseguraron de que estas órdenes fueran transmitidas a los oficiales de mediano rango que a su vez, habrían de transmitir las a los subordinados que las llevarían a cabo (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 300), y que debían hacerse cargo de las labores de inteligencia de las fuerzas de tareas y de la operatividad y logística de los centros de detención clandestinos (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 168 y 296).*
- iii. *Los mandos superiores de cada rama eran informados y podían hacer seguimiento a las operaciones clandestinas al subir esta información por la cadena de mando, de la forma que es esperable de una organización jerárquica (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 305). Esto también queda de manifiesto por la declaración de victoria en la llamada guerra sucia que se hizo tanto por la prensa en el año 1979, como en el llamado “Documento Final de la Junta Militar” en la cual se reconocen medios extraordinarios de lucha (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 297).*

Las aplicaciones de los criterios de la CPI a estos supuestos de hecho denotarían un grado de control alto, por cuanto, tanto subordinados como dirigentes, pertenecen a una misma estructura de

poder, y se demuestra que dicha relación corresponde a una jerarquía rígida, esto con la finalidad de que pueda presumirse el automatismo en el cumplimiento de las órdenes.

En consecuencia, debido a todas las actividades que se pusieron en marcha coordinadamente entre dirigentes y subalternos, se impulsó a la organización hacia la realización de los elementos objetivos del delito.

2.2.1.2 Existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico

Las Fuerzas Armadas de la República Argentina son organismos rigurosamente organizados y jerárquicos, tanto respecto de la posición que ocupan dentro del marco institucional del Estado argentino, como de la organización interna de cada una de las ramas que las componen.

Respecto a su posición institucional, tal como estaba regulado al tiempo del juicio, la Ley de Defensa Nacional N° 16.970/1966 establecía su sometimiento al Poder Ejecutivo Nacional mediante la conducción que ejercía el Presidente de la Nación, en su rol de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas⁶. Esta conducción se materializaba en la dirección que ejercía el Presidente sobre el Consejo de Seguridad Nacional, que debía fijar objetivos y medidas de planeación, organización y coordinación a largo plazo y sobre el Comité Militar⁷ que tomaba decisiones operativas y estratégicas de corto plazo.

Durante la dictadura, a pesar de haber hecho toma del poder Ejecutivo y Legislativo la normativa respectiva no fue modificada de forma sustancial y en la práctica, la Junta Militar concentró las funciones y facultades de los órganos de conducción militar preexistentes. Aún a pesar de la situación extraordinaria que generaron, los Comandantes en Jefe no alteraron la posición jerárquica formal de las fuerzas militares en el esquema del Estado.

La regulación de la organización y jerarquía interna de las diferentes ramas se ha mantenido esencialmente inalterada desde antes del Golpe de Estado. Otorga a cada miembro de las fuerzas armadas un estado militar, es decir, un cargo dentro de la organización que tiene asociados diferentes derechos y

⁶ Art. 9: Al Presidente de la Nación, en su carácter de Jefe Supremo de la Nación, compete la máxima responsabilidad en la dirección superior de la defensa nacional y, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, la conducción superior de éstas.

⁷ Art. 11: A los fines de la seguridad nacional, dependerán del Presidente de la Nación en forma directa e inmediata:

a) Consejo Nacional de Seguridad (CONASE) y su Secretaría;

b) Comité Militar (C.M.);

obligaciones⁸. Los militares tienen el deber tanto de ejercer las facultades de mando que les otorga su cargo como de obedecer las órdenes de la autoridad competente⁹. Esta autoridad está dada por la superioridad militar, que puede darse por jerarquía, cargo o antigüedad.¹⁰

Lo único que cambió fue la organización y logística necesaria para llevar a cabo la llamada “guerra sucia”. Como se explicó anteriormente, las diferentes ramas militares designaron instalaciones y personal especializado para la detención, prisión y homicidio de las víctimas. Este sistema fue creado y funcionó paralelamente a las funciones normales de la milicia, pero siempre se mantuvo el respeto por la cadena de mando que en su cúspide tenía a los Comandantes en Jefe. En cada uno de los centros de tortura “se establecía una jerarquía paralela entre los miembros de las Fuerzas de Tareas y oficiales a cargo de la administración de los cuarteles u otras instalaciones, además de efectivos que proseguían con las tareas habituales de los establecimientos” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, págs. 194-297).

Si bien los equipos encargados de la ejecución del plan criminal tenían “cierta discrecionalidad para la elección de sus víctimas, seguían órdenes y protocolos generales establecidos por sus superiores y debían dar cuenta de ello, llegando esta cadena jerárquica hasta el nivel más alto, que fue definido por el tribunal como el de la Comandancia en Jefe” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 295 y ss. y 300).

2.3.1.2 La ejecución de los crímenes se encuentra asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes

Dado que las fuerzas militares mantuvieron en todo momento su carácter de jerarquizadas, los superiores tenían una relevante seguridad de que sus órdenes serían llevadas a cabo, aún aquellas que implicaban la comisión de delitos.

⁸ Art. 5: Estado militar es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas. Grado es la denominación de cada uno de los escalones de la jerarquía militar. Jerarquía es el orden existente entre los grados. Actividad es la situación en la cual el personal militar tiene la obligación de desempeñar funciones dentro de las instituciones militares o cubrir los destinos que prevean las disposiciones legales y reglamentarias. Retiro es la situación en la cual el personal militar, sin perder su grado ni estado militar, cesa en las obligaciones propias de la situación de actividad, salvo los casos previstos en esta ley y su reglamentación.

⁹ Son deberes esenciales impuestos por el estado militar para el personal en situación de actividad: 3º: El ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que para cada grado y cargo acuerden las disposiciones legales.

4º: El desempeño de los cargos, funciones y comisiones del servicio, ordenados por autoridad competente y de acuerdo con lo que para cada grado o destino prescriban las disposiciones legales.

¹⁰ Art. 12: Superioridad militar es la que tiene un militar con respecto a otro por razones de cargo, de jerarquía o antigüedad (...)

Como se expuso en el apartado anterior, el estado militar establece facultades de mando a los superiores y de obediencia a los subalternos. En el Código de Justicia Militar prevé que no se podrá presentar ninguna dispensa o razón para no cumplir una orden de servicio, en el artículo 675, y se contemplan tipos penales orientados a asegurar el cumplimiento de los mandatos de un superior, como el artículo 674 que condena la desobediencia, cometida por “*el militar que, sin rehusar obediencia de modo ostensible o expreso, deja de cumplir, sin causa justificada, una orden del servicio*” y el artículo 667 que tipifica el delito de *insubordinación* como aquel en que “*el militar que hiciere resistencia ostensible o expresamente rehusare obediencia a una orden del servicio*”. Se puede observar que estas normas no generan conflicto con el artículo 514 del mismo cuerpo legal¹¹, puesto que en este no se autoriza al subordinado para desobedecer una orden de servicio que implique la comisión de un delito, sino que hace responsable al superior que dio la orden.

También aseguraba el cumplimiento de las ordenes emitidas por los Comandantes en Jefe la *garantía de impunidad* que el aparato criminal ofrecía a los autores materiales. Esta garantía se ejerció de varias maneras, por ejemplo ejerciendo “ocultamiento o falsificación de información por parte de los altos mandos de pruebas en los procedimientos que investigaban los crímenes, ya fuera en penales o por recurso de *habeas corpus*” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 291).

Igualmente fue importante para el automatismo, la campaña de propaganda para mantener la idea de la lucha contra un enemigo interno y de presión aplicada a los militares para mantener el secreto entre las tropas (Nino, 2006, pág. 116 y 254; Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1599). A modo de ejemplo, oficiales que presentaron objeciones a estas prácticas fueron pasados a retiro (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 299).

El automatismo, estimamos constituye un factor central que ha estado presente tanto en los criterios utilizados por la CPI como por la CF, para poder afirmar el dominio del dirigente sobre la voluntad de los subordinados.

¹¹ Dicho artículo que establece que: “cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.”

Dentro de los criterios utilizados tanto por la CPI como por las jurisdicciones nacionales para fundamentar el automatismo en el cumplimiento de órdenes dentro de una organización, uno de los más comunes es conocido como "fungibilidad negativa simultánea".

Este criterio implica que, además de tener una estricta estructura jerárquica, la organización debe ser lo suficientemente grande como para que sus miembros sean considerados intercambiables. En otras palabras, si un miembro se niega a cumplir la orden del líder para cometer un delito, otro miembro puede reemplazarlo automáticamente, asegurando así que la comisión del delito no se vea frustrada debido a la decisión del primero. Esto asegura que la organización pueda operar de manera eficiente y efectiva para llevar a cabo los actos delictivos planificados por sus dirigentes (Olásolo H. , 2013, pág. 197).

En el caso Katanga y Ngudjolo se plantea lo que es la “mecanización” haciendo énfasis en la importancia de que la organización sea extensa, tanto así, como para que el dirigente esté seguro que sus órdenes serán llevadas a cabo, porque hay muchos posibles instrumentos capaces de llevarlas a cabo. En cuanto al caso del Juicio a las Juntas, por los puntos reseñados anteriormente, consideramos que el automatismo está presente, basado en la existencia de una amplia organización estructurada, en la asignación de tareas dentro de una cadena de mando jerarquizada, en la incomunicación del Comandante en Jefe con los autores materiales de los delitos (solo se rendía cuenta respecto de los mandos intermedios) y respecto a la “fungibilidad”, en el caso de objeción a dichas órdenes, se pasaba a los oficiales a retiro.

2.3.2 Elementos Subjetivos

2.3.2.1 Conocimiento e intención, en los términos del Estatuto de Roma y cualquier elemento subjetivo especial que corresponda

El artículo 30 del ER¹² establece el elemento subjetivo general para todos los delitos que son de competencia de la CPI.

¹² “1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.”

Los requisitos del artículo 30 son: **la intención y conocimiento de las conductas, circunstancias y consecuencias que llevan a que se produzcan los elementos materiales de los delitos.**

En el caso particular de los delitos en que la forma de participación es la autoría mediata (según los casos Katanga y Bemba), se debe demostrar este elemento solo por parte de los superiores que ordenan la comisión de los crímenes (Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga (Judgment pursuant), 2014, pág. 1413; Situacion in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kipono Kosegey and Joshua Arap Sang (Decision on the Confirmations of Charges), 2012, pág. 333). Por la redacción de los requisitos del artículo 30 se razona que los modos de dolo aceptados por el Estatuto son, el dolo directo de primer y segundo grado, excluyendo el dolo eventual, a pesar de que exista cierta controversia al respecto entre diversas salas de la Corte (Werle & Jeßberger, pág. 349 y ss.)

La conjunción de estos elementos en nuestra tradición jurídica penal es el dolo, elemento subjetivo esencial para la atribución de responsabilidad penal. La Cámara Federal no hace un análisis explícito sobre el dolo, pero en sus razonamientos sobre la participación y la adecuación típica se puede derivar que dio por acreditada su existencia, dando por satisfecha la concurrencia de un elemento subjetivo general consistente en la aceptación de la “probabilidad sustancial” de que la consecuencia prohibida se generará como resultado de la realización del propia conducta (Olásolo H. A., 2013, pág. 113).

En el Considerando Séptimo, como parte su extenso análisis sobre el control del aparato organizado de poder, establece que estos correspondían al “modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1601) .

Si se establece el dominio sobre el hecho, difícilmente se podrá negar que existe una intención de que se produzca un resultado dañino, por lo que se presentaría una hipótesis de dolo directo.

En comparación con la CPI, en el caso Ruto se dio por probado este elemento por existir evidencia de que el imputado dio órdenes verbales y telefónicas, por lo que el control sobre la organización y la emisión de órdenes que se dan por probadas en el proceso, satisface los requisitos de intención y conocimiento (Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. William

Samoei Ruto, Henry Kipono Kosegey and Joshua Arap Sang (Decision on the Confirmations of Charges), 2012, pág. 338).

Se seguiría la misma conclusión en cuanto la Cámara Federal dio por probada en numerosas ocasiones, incluyendo órdenes verbales y la dictación de directivas generales para la organización del plan criminal (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, págs. 100 y ss. 286, 300, 301 y 305) (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591)

De esta forma es posible decir que se satisfacen los requisitos de los numerales 2° literal a) sobre intención de incurrir en una conducta típica y numeral 3° sobre conocimiento que establece el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Este elemento es quizás más evidente en la Cámara Federal que en las decisiones de la CPI, dado que ésta última analiza, en su mayoría, delitos cometidos por aparatos organizados de poder que no tienen una estructura tan rígida como la de un ejército regular, a diferencia de las Fuerzas Armadas argentinas.

2.3.2.2 Conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen

Como parte de la estructura propia de las Fuerzas Armadas, los comandantes en jefe no podían sino estar en conocimiento de que sus cargos les permitían ejercer control sobre la organización tanto por órdenes particulares, como por la dictación de directivas con alcance general para sus tropas.

Es presumible que los encartados estuvieran al tanto de las normas de larga data que les daban a sus cargos el control efectivo sobre sus respectivas fuerzas, tal como son la ley N° 16.970 de 1966 de Defensa Nacional y 19.101 Para el Personal Militar. Esto se confirma por los testimonios vertidos por oficiales de alto rango quienes declaran la mantención en todo momento de la estructura jerárquica (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 295 y ss.). Incluso en el Documento Final de la Junta Militar escrito por los mismos inculpados se indica que “todo lo realizado respecto a la ‘guerra contra la subversión’ constituyeron actos y órdenes de servicio” (pág. 9 y 15).

2.4 Comparación de las Sentencias Argentinas con los Criterios de la CPI

A continuación, se hará un relevamiento de las diferencias en los razonamientos de derecho expuestos por estos Tribunales de Justicia, al analizar la forma de participación de los imputados en la causa 13/84 y su similitud o diferencia con la jurisprudencia de la CPI.

2.4.1.1 Control y atribución de responsabilidad

En primer lugar, se tratarán las objeciones opuestas a la sentencia del *a quo* están centradas en el esquema subsidiario de participación que siguió la Cámara, es decir: Autoría mediata por el artículo 514 CJM, autoría mediata por la primera parte del artículo 45 CP y autoría mediata por la segunda parte del mismo precepto.

La Corte Suprema razona que no resulta acorde a derecho la aplicación que hace la Cámara Federal del artículo 514 del CJM, que dispone “*Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden*”. Para esto se basa en el incumplimiento de las tres hipótesis que, según su opinión, autorizan la aplicación del artículo 514 que fue reseñada anteriormente (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1697).

Especialmente, objeta la interpretación de la expresión “orden de servicio” aduciendo que esta se limita solo a abusos conexos con el ámbito de la función militar. Por tanto, considera que solo se produce la transferencia de responsabilidad, que entiende se genera en el artículo 514, cuando los delitos cometidos están conectados directamente con la orden emitida originalmente, que estén dentro de la competencia de la autoridad de la que emanan y dentro del espacio propio de esa competencia.

Este ámbito extremadamente limitado consistiría principalmente en abusos cometidos por los subalternos que provengan de las órdenes originales y deja fuera a los ilícitos cometidos en contra de civiles en tiempos de paz.

Justifica esta interpretación restrictiva porque entiende que el referido artículo 514 solo es aplicable a delitos que sean previstos por el CJM (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1697) (Fallo de la Corte Suprema, 1986).

Respecto a esta expresión, la Cámara de Apelaciones toma una opción sustentada en la normativa castrense, entendiendo que son “órdenes de servicio” aquellas que fueron impartidas con motivo de la ejecución de un acto de servicio, que el artículo 878 del CJM define como: *“todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas”*. En esta definición no se hace diferencia entre el ámbito de competencia de la autoridad militar, la distancia causal o la diferencia entre tiempos de guerra o paz.

También respecto a este punto de disenso, declara que, “los procesados emitieron órdenes, que si bien eran ilícitas, formaban parte de operaciones dirigidas a combatir la subversión dentro del territorio nacional tal como estaban facultados por los decretos 2770, 2771 y 2772, que a la época de la comisión de los delitos mantenían su vigencia” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 1534).

Dentro de sus argumentos respecto a la inadecuada aplicación del artículo 514, la Corte Suprema resalta que el efecto que tiene para el superior que emite la orden de servicio es un traslado de la responsabilidad penal, que no implica la atribución de la calidad de autor.

Para justificar esta proposición, aduce que “la ley entiende a la orden de servicio como el cumplimiento de un deber por parte del superior, deber que incluye el vigilar la ejecución del comportamiento y responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del CJM” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1967).

Esta visión de los efectos de la norma se abstrae del hecho que las órdenes dadas, en el caso concreto, eran la comisión de crímenes, por lo que el cumplimiento fiel que los superiores debían vigilar era sobre la producción de delitos en contra de la humanidad que no dependían de la forma en que los subordinados dieran cumplimiento a sus mandatos, por lo que malamente podría haber una transferencia de responsabilidad.

La Cámara fundamenta lo contrario, al indicar que según el tenor literal del artículo 514 el superior es el único responsable del delito consecuencia de la orden que ha emitido, por lo que tomando en cuenta que lógicamente no puede existir un delito sin autor, está efectivamente atribuyéndole la calidad de autor (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 1591).

Esta interpretación de la norma agrega menos elementos abstractos que limitan arbitrariamente su aplicación. Además, esta postura toma en cuenta el hecho de que los inculpados en su calidad de

Comandantes en Jefe ordenaron a sus fuerzas una manera de luchar que consistía en una serie de delitos en contra de población civil y que estas órdenes tomaron la forma tanto de ordenes clandestinas y verbales (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 301) como de directivas públicas y generales, que estableció un esquema operativo que organizaba a las fuerzas que de ellos dependía para cometer los delitos ya mencionados (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, pág. 288).

En la misma sentencia de la Corte, en su voto de disidencia, el Ministro Fayt se refiere a la realidad fáctica de que “la comisión de los delitos en ciernes no obedeció a fuerzas sociales autónomas si no a una forma de organización que tiene superiores determinados, que a medida que tienen mayor poder sobre esta organización, tienen más responsabilidad sobre los crímenes pues son quienes deciden, disponen y mandan con la seguridad de ser obedecidos” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1783).

En nuestra opinión, los criterios desplegados por la CPI se inclinan por lo razonado por la Cámara Federal, dado que por la naturaleza y escala de los delitos que debe conocer, debe enfocar sus razonamientos en la relación que existe entre la organización y el superior, más que en la relación particular entre un superior y su subordinado. Creemos que esta visión es acertada, en cuanto traslada el protagonismo a los dirigentes que planean la comisión del delito, y como desde esta posición, se relaciona con quienes realizan materialmente los elementos objetivos del delito. También, la Cámara supera en su argumentación la idea de la responsabilidad accesoria, pasando a la aplicación de la autoría mediata y sacando el foco del dominio del hecho y poniéndolo en el “dominio de la voluntad” sobre los miembros de la organización.

Resulta similar a la fundamentación de la Cámara, como la CPI en el caso Katanga y Ngudjolo, donde esta posición se fundamenta en la consideración de que “una EOP tiene vida propia con independencia de la identidad de sus miembros fungibles” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges), 2008, págs. 515-516).

Esta forma de caracterizar a la organización abre la comprensión de muchas otras características, como, por ejemplo, que el líder generalmente desconoce quién ejecutará su orden, ya que no se requiere una relación directa entre el instigador y la persona que lleva a cabo el acto. Asimismo, resulta manifiesto que no se necesita recurrir a la coerción o al engaño de los autores materiales, pues confían en que, si un miembro se niega a cumplir las órdenes, otro lo hará automáticamente.

En contraste, la Corte Suprema en estas consideraciones restringe en extremo el ámbito en que se considera que un superior tiene control sobre un subalterno y parece obviar el hecho de que las órdenes emitidas eran en sí mismas constitutivas de un delito, y no una orden legítima con un resultado delictual. Además, no se hace cargo del hecho de que por la naturaleza jerárquica de las fuerzas armadas cada uno de los eslabones de la cadena de mando se veía enfrentado a la misma situación, y en caso de no obedecer el plan concebido, podía ser reemplazado por una persona dispuesta a hacerlo.

Esto la aleja de los criterios de la Corte Penal Internacional y la Cámara Federal, en que lo principal es el ejercicio del control de la organización, mediante los mecanismos que aseguran la obediencia de sus órdenes.

En el caso de Argentina estos mecanismos se presentan en la regulación militar, en contra de la desobediencia e insubordinación, además, del adoctrinamiento realizado a las tropas, y en los casos que deben ponderar las Salas de la CPI pueden consistir en la contratación, entrenamiento, imposición de castigos y la provisión de recursos a sus subordinados (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges), 2008, pág. 513).

En este contexto, la CPI en el caso Katanga y Ngudjolo ha ratificado la inclusión del concepto de "autoría mediata a través de aparato organizado de poder" dentro del alcance del artículo 25 (3) (a) del Estatuto de Roma. Desde entonces, este concepto de "autoría mediata" ha sido aplicado tanto independientemente como en conjunto con el concepto de "coautoría mediata" en muchos otros casos presentados ante la CPI hasta la fecha. Algunos de estos casos son: Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi. Además, también se ha aplicado este concepto en los casos SCP II y SCP III involucrando a Jean-Pierre Bemba, Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta, William Ruto, Henry Kosgey y Laurent Gbagbo (Olásolo H. , 2013, pág. 194).

2.4.1.2 Formas de participación y autoría

A este respecto, la Corte Suprema utiliza los criterios de la teoría formal objetiva, según la cual como mencionamos previamente, los autores de un delito son sólo quienes materialmente realizan sus elementos objetivos.

Argumenta que la teoría del dominio del hecho no es aceptada por la doctrina de manera mayoritaria, y que la legislación argentina no la recoge en lo absoluto, al contrario, recoge la teoría de la

responsabilidad de corte formal objetiva, lo cual importaría la exclusión de la autoría mediata en dicho ordenamiento jurídico.

Expande su razonamiento indicando que la Cámara realiza una interpretación extensiva del artículo 45 del Código Penal. Esta forma de extensión se refiere a la coexistencia de un autor mediato y un autor inmediato responsable, dado que por su interpretación del artículo 45 del CP solo “*coloca al autor o autores en el campo de la ejecución del hecho, y denomina cómplices a los que realicen cualquier otra acción previa o concomitante, fuera del marco de la ejecución*” (Fallo de la Corte Suprema, 1986, pág. 1705)

Así, aplicando la concepción de autoría mediata aceptada por la doctrina más tradicional (aquella que solo acepta su presencia cuando el instrumento no es responsable) “la existencia del ejecutor responsable y su actuar directo le daría el dominio del hecho desplazando al primero haciendo su coexistencia imposible” (Fallo de la Corte Suprema, pág. 1705).

Respecto a la justificación de la aplicación de la autoría mediata por el artículo 45 CP, la argumentación de la CF es abundante.

Reconoce que efectivamente al momento de la dictación de las sentencias estudiadas no era mayoritaria la aceptación de la doctrina del dominio del hecho, siendo una teoría útil para resolver ciertas lagunas de punibilidad, pero aún novedosa y por lo tanto no recogida por las legislaciones vigentes.

Indica además que “la interpretación de la primera parte del artículo 45 del CP señala que la doctrina argentina, al momento del juicio, aceptaba la inclusión de la autoría mediata puesto que se refiere a quienes tomasen parte en la ejecución del hecho, pero no incluye que deban tomar parte ejecución directamente, requisito que se encontraba en el Código Penal hasta 1891 y en la legislación comparada, lo que permite que se puedan incluir a aquellos que realicen actos ejecutivos por medio de otro”. A mayor abundamiento, además de ser una expresión del control que ejercen los superiores sobre la organización criminal la Cámara Federal señala que el artículo 514, obedece a un criterio de dominio del hecho para efectos de determinar la atribución de responsabilidad “pues se parte de la base de que el superior 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” (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 1986, pág. 1592) y apoya este razonamiento con abundante investigación de derecho comparado

y sobre la historia de las normas argentinas correspondientes a la obediencia debida en los cuerpos legales que regularon a las Fuerzas Armadas

El criterio de la CPI respecto a este disenso se inclina hacia la decisión de la cámara Federal. Esta consideración tiene una sólida base en el artículo 25.3. (a) que indica explícitamente la responsabilidad penal de quien cometa un crimen por conducto de otro, sea este o no responsable, pero no por ello se debe dar por sentada automáticamente la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización.

La Corte en la Decisión de Confirmación de Cargos de Katanga se dio el espacio para apoyarse en esta institución por las siguientes razones: “(i) *it has been incorporated into the framework of the Statute*; (ii) *it has been increasingly used in national jurisdictions*; and (iii) *it has been addressed in the jurisprudence of the international tribunals. Such notion has also been endorsed in the jurisprudence of Pre-Trial Chamber III of this Court.*” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges), 2008, pág. 500).

La primera de estas razones parece ser la más relevante al caso y se refiere a que “la adición de la comisión de un crimen por parte de otra persona responsable en el Estatuto de Roma apunta precisamente a abarcar los crímenes que serían de competencia de la Corte, que casi inevitablemente tendrían caracteres de masividad o colectividad” (Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges), 2008, pág. 502). El concepto de autoría mediata por conducto de otro, sea este o no responsable, se adapta especialmente bien para reflejar la responsabilidad penal de los líderes debido a las características únicas que se exigen en las organizaciones. Estas características especiales permiten capturar de manera efectiva la responsabilidad de aquellos que dirigen y controlan una organización criminal, aunque no ejecuten directamente los actos delictivos.

2.4.1.3 Accesoriedad

En su fallo de mayoría, la CS acusa al tribunal de alzada de hacer una interpretación extensiva de la autoría de la última parte del artículo 45, al ampliar el alcance de la figura de la instigación para hacer lugar en ella a la autoría mediata, argumento con el que la Cámara Federal cierra su Considerando sobre la participación. Esto se da porque según la interpretación del máximo tribunal, la figura la determinación directa que es utilizada finalmente por la Cámara de Apelaciones para atribuir los delitos

por autoría mediata es una categoría de instigación. Por tanto, se deberían aplicar las reglas de esta última, como una forma de participación, en que el instigador se reduce a lograr -previo a la comisión del delito- que el ejecutor tome la resolución de cometer el delito y desde ese momento el ejecutor es autor.

Comprendido de esta forma, el autor mediato no puede ocupar el lugar del instigador y el ejecutor al mismo tiempo (Fallo de la Corte Suprema, 1986, pág. 1705).

En relación con la objeción planteada, el Tribunal de alzada despliega una abundante argumentación basada en el desarrollo histórico de los artículos que en sus respectivos Códigos Penales han reglado la autoría y la participación. Destaca que en la mayoría de ellos y por lo tanto en el sistema penal argentino, la figura del determinador y del cómplice primario se incluían en la autoría, concepción que se mantendría hasta la redacción actual del artículo 45 del Código Penal y que, dentro de la figura de la determinación, no solo se incluye la instigación sino también varias hipótesis de autoría mediata.

De esta forma se reafirma la validez de la aplicación de la autoría mediata, lo que en conjunción con el concepto del dominio del hecho fundamenta su decisión de atribuir por autoría mediata mediante un EOP los delitos cometidos por sus subordinados a los miembros de las Juntas Militares (departamento de jurisprudencia y Publicaciones del Tribunal, pág. 1608 Y 1609).

Apoyando este razonamiento, en su voto de disidencia, el Ministro Fayt agrega que “quien controla desde su inicio y hasta su final tiene dominio sobre la ocurrencia del hecho, por lo que no puede ser considerado un partícipe. Agrega, además, que la instigación consiste en la corrupción del hombre libre, mientras que la autoría mediata se trata del abuso sobre el hombre no libre o parcialmente no libre, como es el caso de un subordinado en una organización jerárquica en que su voluntad es irrelevante para la ocurrencia de los hechos punibles” (Fallo de la Corte Suprema, 1986, pág. 1782).

Finalmente el máximo tribunal argentino, propone que corresponde modificar la calificación efectuada por la Cámara de Apelaciones porque a pesar de reconocer que los inculpado tenían el dominio mental del hecho (Fallo de la Corte Suprema, 1986, pág. 1704) y “(...)emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad” (Fallo de la Corte Suprema, 1986, pág. 1708) estos corresponden a la cooperación necesaria realizada por un cómplice.

Todas estas acciones no pueden ser consideradas como las de un simple cómplice cuya participación debería ser secundaria a la del autor, sino que, por el contrario, son elementos centrales e indispensables para llevar a cabo los actos por los cuales finalmente fueron condenados. Aunque los comandantes en jefe no fueron los ejecutores directos de estos hechos, fueron quienes emitieron las órdenes. Debido a la estructura jerárquica de los organismos militares, estas órdenes fueron inmediatamente cumplidas por sus subordinados, cuya voluntad, aunque no era inexistente, resultaba irrelevante.

La Corte Penal Internacional considera que la redacción del artículo 25.3(a) refleja los criterios que su jurisprudencia ha seguido respecto a la conclusión adoptada por la Cámara Federal, al incluir explícitamente la posibilidad de atribuir responsabilidad a través de otro responsable como autor. Esto facilita la asignación de esta categoría a los acusados, de manera similar a como lo hace el tribunal de apelación.

A pesar de esto, en la doctrina al respecto, se plantean dudas respecto a la claridad de la frontera entre la autoría y otras formas de participación, en especial cuando se presenta un caso en que no se puede determinar inequívocamente el nivel de control que ejerce el superior y que garantice el automatismo del cumplimiento de las órdenes por parte de los subordinados. Si esto no se cumple podrían los imputados caer en un supuesto de responsabilidad accesoria, esto porque cualquier actividad que no pone en marcha, ni impulsa a la organización hacia la realización de los elementos objetivos del delito por falta de control sobre la misma sólo puede dar lugar a responsabilidad accesoria (Olásolo H. A., pág. 205 y 214)

2.3.1.4. Consideraciones finales

Entonces, habiendo considerado las diferencias de criterios entre la Cámara Federal, la Corte Suprema y la Corte Penal Internacional, resulta evidente que los argumentos respecto a la idea de autoría mediata son similares entre la CF y la CPI. En el momento histórico en que fueron dados, la contribución al Derecho Penal Internacional fue en extremo relevante e innovadora en el sentido que fue la primera aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparato organizado de poder, a nivel nacional.

Desde aquel entonces, ha servido como precursora de otros casos a nivel nacional que utilizaron similar conceptualización, como, por ejemplo, el caso contra el General Contreras en nuestro país¹³.

Este planteamiento, estimamos que comprende dos elementos fundamentales para el desarrollo del Derecho Penal Internacional que son, en primer lugar, haber trasladado el foco de atención desde quien cometió materialmente los delitos y restarle importancia a la hora de evaluar los elementos centrales del tipo penal, y, además, caracterizar a una EOP como una maquinaria que maneja instrumentos, y que dichos instrumentos son intercambiables, asentando la idea de la “fungibilidad”.

Su valor jurisprudencial ha sido respaldado por la misma CPI, la que ha señalado ante la defensa de Germain Katanga, que: “El rechazo por un tribunal argentino no puede significar un impedimento para la Corte Penal Internacional de recurrir a esta noción de responsabilidad penal si encuentra razones de peso para hacerlo. (...) Además, aunque la presente decisión no discutirá las razones de la Corte Suprema argentina para rechazar la responsabilidad basada en “el dominio de un aparato organizado de poder” en el caso mencionado previamente, cabe señalar que el concepto fue cuestionado en parte porque creaba una “contradicción” al incorporar simultáneamente, como autores, al autor mediato y al autor directo. Como ya se ha señalado, el artículo 25(3)(a) del Estatuto ha tipificado precisamente el tipo de responsabilidad que encarna esa aparente contradicción” (Olásolo H. , 2013, pág. 233).

Actualmente, dicho fundamento ha seguido su curso en Argentina y se ve reflejado en otras aplicaciones más recientes de dicho concepto, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Oral Federal núm. 1 de Córdoba de 24 de julio de 2008, en la que Luciano Benjamín Menéndez (comandante del III Cuerpo del Ejército argentino desde 1975 a 1979), Hermes Oscar Rodríguez (jefe del Batallón de Inteligencia núm. 14 que operaba bajo el mando de Menéndez), el jefe del Grupo Especial de Operaciones PO3 y cinco de sus subordinados fueron condenados por secuestro, tortura y homicidio de

¹³ Dispone la Sentencia de dicho caso, en sus considerandos 14° y 20°: Que, en efecto resulta establecido en el proceso que la jefatura de la DINA desempeñada en 1976 por el general Contreras aceptaba la violencia terrorista para combatir a los opositores, que la DINA recurría a la violencia como sistema y filosofía, y que existió en la DINA una voluntad de exterminio de determinadas categorías de personas a aquellas a quienes se atribuía un alto grado de peligrosidad política. (...) A los nombrados autores del homicidio vienen, ahora a sumarse, en virtud de las sentencias dictadas en este proceso, el Gral. Manuel Contreras y el brigadier Pedro Espinoza, en su calidad de autores mediatos, los que idearon y dirigieron los acontecimientos que culminaron en la perpetración del homicidio que se viene tratando, en las gráficas expresiones utilizadas por la doctrina penal “los que tenían las riendas en la mano”, “los autores detrás de los autores” (Sentencia caso Orlando Letelier , 1994, pág. 48).

numerosos civiles en cumplimiento de las instrucciones a través de las cuales la primera Junta Militar puso en marcha la campaña anti-subversiva en 1976 (Olásolo H. , 2013, pág. 239) .

También, en nuestra opinión, el concepto de autoría mediata por EOP se ve fortalecido por la argumentación de la CF, por cuanto pone sobre la mesa la problemática relativa a la garantía de impunidad, en cuanto puntualiza la coexistencia que existía entre el sistema jurídico y otro “extra jurídico” que solo se consentía por la existencia de este aparato organizado de poder. Estimamos que esta característica en particular, la impunidad, aporta a construir el requisito del “grado de control exigido” por cuanto la impunidad es un factor de suma importancia, que tiene el potencial de impulsar a la organización hacia la realización de los elementos objetivos del delito.

Para finalizar, los argumentos presentes en la sentencia de la Cámara Federal respecto a la autoría mediata, creemos que contribuyeron notablemente a dar un mejor alcance a la justicia a los casos de comisión de crímenes de lesa humanidad. Si bien la diferencia práctica en cuanto al establecimiento de las penas fue irrelevante, en comparación con la Corte Suprema, a efectos de avanzar en el camino de la “verdad” fue determinante la labor de la CF en cuanto, permitió visibilizar las circunstancias en las que se cometieron dichos crímenes, de manera de identificar de forma precisa a los responsables de estos hechos, como un primer paso para avanzar en justicia.

CONCLUSIONES

A modo de resumen, en el presente se buscó, en un principio, dar un contexto histórico sobre los antecedentes que dieron pie a la dictadura militar que comenzó en el año 1976 y finalizó en 1983, además de describir su forma de funcionamiento, y evidenciar las amplias facultades de las que gozaban los miembros de la Junta Militar que la lideraba.

A continuación, se reseñaron algunos factores que contribuyeron a la caída del régimen y a la instalación de un gobierno democrático de transición a la democracia, en que se debió equilibrar la necesidad de Justicia y Verdad para las víctimas de los delitos de lesa humanidad cometidos por la Dictadura con los retos de la fragilidad de dicha democracia recién instalada.

Una de las decisiones que tomó este gobierno, fue la de enjuiciar a los líderes de la Dictadura, un paso inédito en las numerosas dictaduras militares con que cuenta Argentina y en ese momento, también innovador dentro del ámbito internacional. En este juicio, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal y Correccional de la Capital Federal se abocó al conocimiento de 700 casos representativos de los crímenes en contra de la humanidad, cometidos por el régimen militar, recibiendo amplia prueba.

A partir de la prueba ofrecida por el Ministerio Público, el tribunal dio por probada la forma en que se organizaron los cuerpos militares que llevaban a cabo los operativos clandestinos, como se coordinaban entre ellos y como dependían estos de la estructura jerárquica general.

A continuación, se expusieron los delitos que se pudieron probar efectivamente, siendo los más sustanciales las privaciones ilegales de libertad, la imposición de tormentos y el asesinato y desaparición física de los cuerpos de sus víctimas. Respecto a las privaciones ilegales de libertad se describió como se efectuaban los operativos de secuestro, las formas de asegurar el anonimato de los perpetradores materiales, su traslado a Centros Clandestinos de Detención y el funcionamiento de estos.

Respecto a la imposición de tormentos, se expuso las dimensiones físicas y psicológicas que estos tenían en las víctimas y el control que los captores tenían sobre la suerte de los secuestrados.

Sobre las desapariciones, se expuso la evidencia que tuvo en cuenta el tribunal para considerar que las víctimas habían sido asesinadas y los esfuerzos realizados por los militares para impedir el hallazgo de sus cuerpos.

Para lidiar con el problema de que por su competencia, la Cámara Federal juzgó los delitos cometidos bajo el lente de los delitos “comunes” previstos en la legislación interna y no los califica como delitos de lesa humanidad y que la competencia de la Corte Penal Internacional recae en este tipo de delitos específicamente, se revisaron diferentes fuentes autorizadas, tanto nacionales, internacionales y jurisdiccionales, en que se calificara los hechos que se dieron por probados en la sentencia de la Cámara de Apelaciones ocurridos durante la Dictadura como delitos de lesa humanidad, de forma de hacer posible la comparación de los criterios aplicados en estos foros.

Con posterioridad se analizaron las formas de participación en la judicatura argentina, estudiando las opiniones jurídicas de la Cámara Federal y la Corte Suprema, en tanto a la autoría y participación respecto de los imputados del juicio de las juntas.

En primer lugar, se estudió la sentencia de la Cámara Federal, la cual se apoya en la teoría del dominio del hecho para atribuir responsabilidad, aplicando la norma del artículo 514 del Código de Justicia Militar, y planteando una hipótesis de autoría mediata amparada en ambos artículos y en la teoría del aparato organizado de poder.

Por otro lado, el estudio del fallo de la Corte Suprema da cuenta de que este tribunal adopta una teoría de corte objetivo-formal, desechando así la figura de la autoría mediata y estimando que los imputados serían, en cambio, cómplices necesarios, ya que su rol no tuvo que ver con la comisión directa de delitos, sino que el aseguramiento de impunidad y el otorgamiento de los medios necesarios a los autores directos.

Luego se estudiaron los criterios establecidos por la Corte Penal Internacional para atribuir responsabilidad, los cuales tienen como norma de base al Estatuto de Roma, en particular, su artículo 25°.

Así, se consideraron para el análisis los supuestos de autoría, la autoría directa, autoría mediata, coautoría directa y coautoría mediata, presentes en la jurisprudencia de la Corte.

Respecto de la autoría directa, la CPI señaló en casos como el de “Lubanga”, que el autor directo debe llevar a cabo físicamente los elementos objetivos del crimen, que debe actuar con conocimiento e intención y que debe cumplir con cualquier elemento subjetivo especial que corresponda.

Respecto a la autoría mediata, la CPI requirió de la existencia de control sobre la organización y de un aparato de poder organizado y jerárquico, y que la ejecución de los crímenes se encuentre

asegurada por el cumplimiento automático de las órdenes. Además, requiere el conocimiento e intención en los términos del art. 30 del ER y cualquier elemento subjetivo especial que corresponda, y, por último, el conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen.

A modo de crear una base fáctica común para los criterios de los tres tribunales que se están analizando, se aplicaron los requisitos actuales que utiliza la Corte Penal Internacional a los hechos probados por la Cámara Federal, que son los mismos que debió usar la Corte Suprema. De esta forma se pueden aislar los argumentos de hecho y centrarse en los de derecho presentados por cada tribunal.

Estos requisitos constan de elementos objetivos y subjetivos. Los requisitos objetivos son la existencia de control sobre la organización, la existencia de un aparato organizado y jerárquico, y que la ejecución de los crímenes se encuentre asegurada por un cumplimiento automático de las órdenes.

Los elementos subjetivos o internos son el conocimiento e intención, en los términos del Estatuto de Roma, cualquier elemento subjetivo especial que corresponda y el conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen.

De este ejercicio hipotético se concluyó que la que los hechos probados cumplen con los requisitos de la autoría mediata, tal como son aplicados por la Corte Penal Internacional.

Finalmente se realizó una comparación sobre los argumentos de derecho desplegados por los tribunales superiores argentinos y los de la Corte Penal Internacional para calificar los hechos ya establecidos.

Este acápite fue dividido en aquellos temas en que las sentencias internas presentan sus mayores disensos y que fueron las razones por las cuales la Corte Suprema modificó la sentencia de la Cámara Federal.

Se presentaron los argumentos de cada uno de los tribunales y se propuso un análisis crítico propio para evaluar cual criterio se asemejaba más al de la CPI.

Estos temas fueron tres: control y atribución de responsabilidad, formas de participación y accesoriidad. En estos tres ejes temáticos los argumentos de derecho que coincidieron de mejor manera con los de la Corte Penal Internacional fueron los de la Cámara Federal.

Precisamente, se hace evidente lo innovadora que fue la Cámara Federal en tanto a la aplicación de la teoría del dominio del hecho, haciéndose cargo completamente de la realidad al momento de juzgar los hechos, a través de la teoría del aparato organizado de poder.

De este ejercicio se pudo apreciar que la Sentencia de la Cámara Federal, a pesar de no contar con las herramientas desarrolladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, utilizó argumentos de derecho interno, de tal forma que innovo en la forma de aproximarse a los delitos de lesa humanidad. En su caso, aquellos cometidos por fuerzas militares que contaban no solo con el poder de las armas, si no que de todas las facultades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, limitando férreamente las posibilidades del poder Judicial de la época. De esta forma, no solo se limita a perseguir a los superiores jerárquicos por su rol principal en el plan criminal, sino que considera en su verdadera complejidad y las circunstancias de hecho que hicieron posibles la comisión de dichos delitos y como fueron organizados, ordenados y ejecutados.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Bantekas, I. (2010). *Intrnational Criminal Law* (Cuarta ed.). Oregon: Hart Publishing.
- 2) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (11 de Abril de 1980). *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*. Recuperado el 01 de 09 de 2020, de <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm>
- 3) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (12 de Marzo de 1993). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 2020 de Septiembre de 01, de INFORME N° 28/92: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Argentina10.147.htm>
- 4) Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. (1984). *El Nunca más*. Buenos Aires: Ministerio de Cultura. Recuperado el 04 de 09 de 2020, de <https://librosycasas.cultura.gob.ar/libros/el-nunca-mas-3/>
- 5) Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. (27 de marzo de 2023). *Naciones Unidas*. Obtenido de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- 6) departamento de jurisprudencia y Publicaciones del Tribunal. (1986). Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2(309), 1029-1668.
- 7) Departamento de Jurisprudencia y Publicaciones del Tribunal. (1986). Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 1(309), 33-1021.
- 8) Fallo de la Corte Suprema. (1986). Fallo de la Corte Suprema. 2(309), 1669-1923.
- 9) Fernández Carter, M., & Jiménez Laurence, A. (2016). *Los criterios de la Corte Penal Internacional sobre autoría y participación*. Santiago: Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile.
- 10) Fernández Valle, M. (2006). La Corte Suprema argentina frente al legado de la última dictadura militar: reseña del fallo "Simón". *Anuario de Derechos Humanos*, 165-174. doi:10.5354/0718-2279.2011.19423
- 11) Franco, M. (Junio de 2018). El 'Documento Final' y las demandas en torno a los desaparecidos en la última etapa de la dictadura militar argentina. *Antíteses*, 11(21), 244-266. doi:10.5433/1984-3356.2018v11n21p244
- 12) García, D. (2015). *La Metodología de la Investigación Jurídica en el siglo XXI*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- 13) Gómez González, O. (2003). *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Editorial Dykinson.
- 14) Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. II). (Mir Puig, & Muñoz Conde, Trads.) Barcelona, España.
- 15) Junta Militar. (1983). *Documento Final de la Junta Militar Sobre la Guerra Contra la Subversión y el Terrorismo*. Buenos Aires.
- 16) Junta Militar República Argentina. (1980). *Documentos Básicos y Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- 17) López Camelo, R., & Jarque, G. (2004). *Curso de Derecho Penal*. Bahía Blanca, Argentina: Editorial de la Universidad Nacional del Sur.
- 18) Ministerio de Defensa. (2015). *Relevamiento y análisis documental de los archivos de las Fuerzas Armadas 1976-1983* (Primera ed.). Buenos Aires: Ministerio de Defensa.
- 19) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2012). *Documentos del Estado Terrorista: Directiva del Comandante General del Ejército N° 404/75 (Lucha contra la subversión) Plan del Ejército (Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional)* (1a ed.). (R. E. Portugheis, Ed.) Buenos Aires: Cuadernos del Archivo Nacional de la Memoria.
- 20) Moreno, R. (1923). *El Código Penal y sus antecedentes* (Vol. III). Buenos Aires.
- 21) Nino, C. S. (2006). *Juicio al Mal Absoluto*. Buenos Aires: Ariel.
- 22) Olásolo, H. (2013). Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional. En *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional* (págs. 180-181). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 23) Olásolo, H. A. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 24) Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (Séptima ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González, Trads.) Madrid.
- 25) Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Nueva York: Oxford University Press.
- 26) Sentencia caso Orlando Letelier , 30174-94 (Corte Suprema de Chile 1994).
- 27) Silveyra, M. (2020). La sentencia del Juicio a las Juntas Militares. Sentidos sobre el proceso histórico que se resignifican en el presente. *Revista especializada en Periodismo y Comunicación*, 1-29.
- 28) Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete), 17.768 (Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal 14 de Junio de 2005). Obtenido de

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>

- 29) Simón, Julio, Héctor y otros sobre privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete), 17.768 (Corte Suprema De Justicia De La Nacion 14 de Junio de 2005). Recuperado el 01 de Septiembre de 2020
- 30) Situacion in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kipono Kosegey and Joshua Arap Sang (Decision on the Confirmations of Charges), ICC-01/09-01/11 (Corte Penal Internacional 23 de Enero de 2012).
- 31) Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga (Judgment pursuant), ICC-01/04-01/07 (Corte Penal Internacional 7 de Marzo de 2014).
- 32) Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo (Decision on the confirmation of charges), ICC-01/04-01/07 (Corte Penal Internacional 30 de Septiembre de 2008).
- 33) Situation in the Democratic Republic of The Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo (Decision on the confirmation of charges), ICC-01/04-01/06 (Corte Penal Internacional 29 de Enero de 2007).
- 34) Situation in the Democratic Republic oh The Congo in the case of The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui (Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert), ICC-01/04-02/12 (Corte Penal Internacional 2012 de Diciembre de 2012).
- 35) Situation in the Republic of the Congo in the case of Prosecution v. Thomas Lubanga Dyilo (Appeal), ICC-01/04-01/06-3121-Red (Corte Penal Internacional 1 de Diciembre de 2014).
- 36) Situation of the Republic of the Congo in the case of Prosecution v. Thomas Lubanga Dyilo (Judgment pursuant), ICC-01/04-01/06-2842 (Corte Penal Internacional 2012 de Marzo de 2012).
- 37) Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán*. (Bustos Ramírez, & Yáñez Pérez, Trads.) Santiago.
- 38) Werle, G., & Jeßberger, F. (2017). *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Tercera ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.