

OBEDIENCIA DEBIDA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL*

MARCELO A. SANCINETTI

1. INTRODUCCIÓN

Desde la sanción de la ley 23.521, de determinación de los alcances del deber de obediencia, más conocida como ley de obediencia debida, ha perdido parte de su utilidad la discusión anterior referida a los límites dentro de los cuales puede constituir una eximente que el autor de un hecho típico penal (delictivo) haya actuado en cumplimiento de una orden.

Antes de la ley, la discusión se ceñía a determinar cuál era el ámbito en el que un subordinado, de cualquier escalafón administrativo (como el militar), podía invocar la recepción de una orden para no responder penalmente por los delitos que hubiera podido cometer en razón del cumplimiento de dicha orden.

Después de la sanción de la ley, la cuestión teórica de la "obediencia debida" pareció perder trascendencia, por quedar condicionada a la discusión previa de si la ley —que impuso a los jueces el mandato de tener por probados ciertos hechos y de asignarles una determinada interpretación jurídica, que condujera al sobreseimiento o absolución de un elevado número de imputados— era inconstitucional, o sí,

* Texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, el 27/1987, por invitación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Las notas de pie de página fueron escritas con posterioridad, para la publicación en "Doctrina Penal", año 18, n° 39, 1987, cuya secretaría de redacción ha autorizado a "Lecciones y Ensayos", la reproducción del texto en esta revista.

por el contrario, era producto del ejercicio de facultades propias del Congreso, de contenido acorde con la Constitución.

Si se mira la cuestión sólo desde el punto de vista de su valor práctico actual, se podría pensar además que, dado que la Corte Suprema, en fallo dividido, ha admitido recientemente la constitucionalidad de la ley impugnada, entonces, ya no restaría considerar nada de real interés, en tanto ese fallo habría puesto al debate un (ahora, efectivo) "punto final".

En mi opinión, sin embargo, la indudable trascendencia social y significación histórica que reviste el proceso que concluyó con la sanción de la ley 23.521, y su convalidación por la Corte, hace imperativo que los juristas independientes expresen públicamente su opinión, y la documenten, a fin de suscitar, entre aquellos que integran la comunidad de juristas, la discusión crítica de los actos de gobierno que comprometen el valor jurídico, y de aclarar por otro lado al hombre "de la calle", con sinceridad, sobre qué bases reales se ha resuelto, en su país, la cuestión de los derechos fundamentales.

Esta es la finalidad de mi conferencia de hoy: el ejercicio de la crítica. El espíritu de la ciencia, de la verdad, es la crítica (Popper).

Realizaré por ello un análisis jurídico de la situación anterior a la ley 23.521, y posterior a ella, en el ámbito del derecho penal común y militar. Finalmente, será preciso una evaluación global de la significación jurídica y social de todo el proceso¹.

2. LÍMITES DE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL COMÚN Y MILITAR

a) Planteo de la cuestión

Si hubiera que explicar a un lego, en pocas palabras y con cierta simplificación, en qué consiste el análisis de un

¹ Porque, como decía von Ihering: "El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del derecho sobre la tierra. Este deber, no se impone sin duda a todos en las mismas proporciones" (Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, Bs. As., Lacort, 1928, p. 4-5). ¡Claro que no! Ante todo, ese deber pesa sobre el hombre de derecho. El jurista debe sentirse siempre

caso penal por parte de un jurista, habría que decirle que el sistema de la teoría del delito consiste en controlar si la acción imputada a un hombre supera ciertos tamices, filtros, de punibilidad. Cada filtro es una causal de impunidad posible².

Primero se comprueba si la acción es típica (es decir, si se trata de una acción en principio prohibida, p.e.), un homicidio voluntario); luego, si es efectivamente antijurídica, para lo cual hay que averiguar si el hecho no estaba especialmente justificado (p.e., por concurrir una legítima defensa); si ya se sabe que es típica y antijurídica, se pregunta todavía si no concurre una causa de inculpabilidad (esto quiere decir: si el autor es un inimputable o si actuó por error inevitable de prohibición); por fin, si todos estos grados han sido superados afirmativamente (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), se pregunta aún si han concurrido causas excepcionales de impunidad —por notoria disminución de la libertad, del reproche—, lo cual ocurre especialmente en el caso de coacción, o de alguna otra disculpa.

Aunque, respecto del autor concreto, la consecuencia práctica es la misma cualquiera que sea la jerarquía de la causa que provoque la impunidad (Fulano es impune), la importancia práctica de que ello ocurra en virtud de un filtro, y no de otro, se relaciona con consecuencias jurídicas que, para nuestro problema, carecen de importancia (ciertas consecuencias en la teoría de la participación; la posible aplicación de una medida de seguridad, en lugar de una pena, si se trata de un inimputable; la influencia distinta que cada causal puede reflejar respecto de la responsabilidad civil del autor excusado; etcétera).

Exponer el problema de los límites teóricos y condiciones de aplicación de la excusa de la obediencia, contemplada en particular en el art. 34, inc. 5°, del Cód. Penal argentino (CP), requiere mostrar las vinculaciones de esta eximente con tres causales de impunidad de distinta jerarquía: la justificación, la inculpabilidad y la disculpa³.

incisefecto con el grado de justicia relativa en el que se halle su sociedad, y debe vivir clamando siempre en favor de quienes tienen hambre y sed de justicia (Mt. 5, 3; Lc. 6, 2-3).

² Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis-Illumus, 1984, p. 87 y siguientes.

³ Ciertamente que, en la Argentina, hubo quienes creyeron que la obediencia debida, cuando el subordinado carece de capacidad de inspección,

Quien realiza un hecho típico penal en cumplimiento de un orden, puede obrar, en efecto, justificadamente, por ejercicio del deber o de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP), inculpadamente, si tiene un error inevitable sobre la ilicitud de la orden (arg. art. 34, inc. 1º, CP), o disculpadamente, si la orden implica una coacción, es decir, una amenaza seria de sufrir un mal grave e inminente para el caso de negarse a cumplir la exigencia del superior (art. 34, inc. 2º, CP).

En cualquiera de estos tres casos, si concurren integralmente las condiciones de operatividad de cada causal, el sujeto debe quedar impune.

La cuestión discutible en la obediencia debida no es, entonces, qué jerarquía le corresponde en la dogmática penal (en la teoría del delito), sino en qué condiciones puede provocar la impunidad del obediente en cada una de las hipótesis: como justificación, como inculpadidad, como disculpa. Las dos primeras formas en que, por diversos matices propios del deber de obediencia, puede provocar la impunidad (justificación o error), se hallan estrechamente relacionadas y se influyen, en cierto modo, recíprocamente. Como estado de coacción, en cambio, la obediencia no tiene ninguna peculiaridad: son necesarias las mismas condiciones que para cualquier otra hipótesis de coacción.

b) *La obediencia como justificación: deber de obediencia y facultad de cumplimiento de órdenes ilegítimas*

En el antiguo derecho romano se partía de la distinción entre *crimina atrocita* y *crimina leuiora* (crímenes atroces y crímenes leves), para rechazar la eximente de la obediencia, respecto de los primeros casos, y admitirla en los segundos. Esa distinción abstracta llevó a los prácticos de la Edad Media a la cuidadosa tarea de establecer una enumera-

es una causa de exclusión de la acción, porque habría un "traslado de la relación imputativa" (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3ª ed., Bs. As., Tea, 1963, § 33, §, p. 276 y ss.; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, t. II, § 43, §, a, p. 351). Pero se trata de una opinión aislada y poco defendible como para hacerse cargo de ella con extensión. Desde luego, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de cualquier eximente, ella produce un desplazamiento de la "relación imputativa" si la eximente está provocada por otro, que actúa como autor mediato (si produjo el error de tipo, la justificación sólo personal, la inculpadidad, la coacción, etcétera). Pero esto no prueba nada acerca de qué jerarquía dogmática tiene una eximente. Por cierto, quien obedece, actúa y, por tanto, ¡no falta la acción!

ción concreta de cuáles serían los hechos atroces, no alcanzados por la excusa (no alcanzados siquiera para amparar al esclavo que obedecía la orden delictiva de su amo)⁴.

El constitucionalismo moderno dejó de lado la distinción según la gravedad del hecho cometido, e hizo depender la operatividad de la excusa, sólo del desconocimiento del subordinado de la antijuridicidad de la orden, es decir, de su error. Así se llegó a la idea de que, o bien la orden es legítima, en cuyo caso justifica, o bien es ilegítima, en cuyo caso sólo puede excusar un error sobre la ilegitimidad (salvo el caso de coacción).

La doctrina actualmente dominante entiende así que el deber de obediencia, como tal (esto es: como imperativo legal de obedecer), sólo rige cuando la orden es absolutamente legítima, y que sólo en este estricto ámbito puede operar la justificación: no hay otro posible caso de justificación, para el obediente, que el de una orden estricta y absolutamente legítima. En conclusión: una orden ilegítima sólo podría excusar por error inevitable, o por coacción, pero nunca justificar⁵.

Si bien hay, en esta idea derivada del constitucionalismo moderno, una cautivante pulcritud geométrica, ella no da

⁴ Extraordinariamente ilustrativa, en este sentido, resulta la lectura del voto del ministro Jorge A. Bacqué, en la sentencia dictada el 22/8/87 (causa: C. 147, L. XXII), consida. 32, 33 y 34 de su voto, seguidos casi a la letra, en este aspecto, en el voto de Enrique S. Petracchi, consida. 5, 6 y 7.

⁵ Aun para quienes piensan de otro modo —y admiten los mandatos antijurídicos obligatorios— el ámbito de lo justificado por la obediencia a una orden ilegítima reconocida como tal, está determinado por la orden no manifiestamente ilícita. En España, esta conclusión es construida dogmáticamente sobre la base del art. 169, párr. 2º, del CP, el cual, tras establecer las penas para el delito de desobediencia, prevé: "sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley". Sobre el punto, cfr. Mir Puig, S., *Derecho penal*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1985, p. 423 y siguientes. En Alemania, la situación es análoga. La admisión de mandatos antijurídicos vinculantes sólo se da en el ámbito de lo que "no vulnera manifiestamente el ordenamiento jurídico, puesto que de ser así resultaría evidente la antijuridicidad" (Jescheck, H., *Tratado de derecho penal*, 1968, Mir Puig-Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, § 35, II, 2. 8, p. 538). Para el derecho militar en particular, dice Jescheck: "La ocupación desaparece en cuanto la antijuridicidad penal de la ejecución de la orden sea, según las circunstancias conocidas por el soldado, evidente, es decir, resulte conciliable para cualquiera sin ulterior reflexión" (*Tratado*, § 46, II, 3, p. 686).

cuenta, a mi juicio, de la complejidad real del problema. Es demasiado sencilla para ser verdadera, si no se le introducen ciertos correctivos o precisiones.

Toda estructura jurídico-administrativa, jerárquica (como, p.ej., la militar), coloca al destinatario de órdenes (el inferior) en continuo ejecutor de mandatos de otro. El no cumplir una orden ya constituye para él una infracción (desobediencia: art. 239, CP; art. 874, Cód. de Justicia Militar -CJM-). Si él, ante la colisión de deberes que representa el "tener que" cumplir la orden, por un lado, o no delinquir, por otro, tuviera que correr siempre el riesgo de desobedecer la orden posiblemente ilegítima a costa de ser sancionado como desobediente, o bien renunciar al cargo, estaría en una situación demasiado desfavorable.

Cuando un sujeto se halla ante una colisión de deberes, de modo que cometer cierta acción (cumplir la orden) pueda quizá constituir un acto antijurídico, pero omitir esa misma acción (desobedecer la orden), también pueda llegar a ser delictivo (alternativamente con la comisión), el sujeto no logrará resolver la cuestión con la simple regla moral, por todos conocida: "ante la duda, abstente". Pues esta regla moral y jurídica -de razonabilidad evidente- tiene plena validez siempre que la propia abstención no pueda constituir, a su vez, autónomamente, un hecho ilícito⁶.

Aun cuando se sostenga que, en un Estado de derecho, no pueden existir, propiamente, mandatos antijurídicos obligatorios, el hecho de que la ilegitimidad del mandato impida el nacimiento del deber de cumplirlo, no implica que impida también ampararse en una cierta facultad de obedecer una orden que no es claramente ilícita para el destinatario de ella.

Por consiguiente, desde su posición, el ejecutor actúa justificadamente en la medida en que la antijuridicidad de la orden no le sea manifiesta y el acto a ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia, en las circunstan-

⁶ "La razón de que existan mandatos antijurídicos que no obstante sean vinculantes, reside en que en casos de exceso significación el legislador valora el deber de obediencia del subordinado respecto del superior, en cuanto principio de orden fundamental para toda la actividad del Estado, en mayor grado que el deber de obediencia al orden jurídico (colisión de deberes justificantes)" (Jescheck, Tratado, vol. I, § 35, II, 3, p. 540 y siguientes). La necesidad de que ello sea obligatorio es, sin embargo, discutible. Ante la conciencia cierta de que la orden es ilegítima, al subordinado debería reconocérsele, al menos, la facultad de desobedecer.

cias del caso. Si le caben dudas sobre la ilicitud, él tiene el derecho de ampararse en la presunción general de legitimidad del acto administrativo, aunque estime a la orden posiblemente ilícita. Naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere, de desobedecer la orden, pero, en este caso, se expone a que el juez que posteriormente revise su desobediencia no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su ilegitimidad.

En conclusión, el ámbito de la justificación es, en los casos de cumplimiento de órdenes de superiores jerárquicos, algo más amplio, a mi juicio, de lo que sostiene la opinión dominante: incluye, si no el deber, al menos si la facultad de cumplir una orden antijurídica.

Se podría pensar, sin embargo, que la flexibilidad que propongo para ampliar el ámbito de la justificación, podría quedar resuelta con el solo hecho de admitir que, cuando la orden no es absolutamente legítima, la obediencia sólo provoca un régimen privilegiado en materia de error, de modo de admitir más fácilmente el efecto exculpatorio de un error, con relación a los casos generales⁷.

Pero ocurre que, en mi opinión, aun en casos en que el subalterno no tenga error alguno, y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, mientras: 1) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior, como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implicara, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera, para el derecho vigente, la desobediencia misma.

En este caso, al tratarse de una colisión de deberes (de-

⁷ Cfr. a este respecto el siguiente pasaje del consid. 11 del voto de Barqué (reproducido como 6, en el voto de Petracchi): "El privilegio que reconoce a la situación de obediencia castrense existe en cambio por el reconocimiento de que sólo la seguridad sobre la ilicitud del mandato, produce responsabilidad para el subordinado, mientras que la conciencia dudosa, habitualmente originante de culpabilidad, obra aquí, como una eximente".

Se trata del considerando en el que Barqué analiza el derecho canónico y desmiente la idea de que San Agustín diera apoyo a la obediencia pasiva o ciega.

También yo planté el problema de la obediencia, en un trabajo anterior, como un tratamiento privilegiado de una especie del error de prohibición, que convertiría en justificante inclusive al error evitable. Sancinetti, Marcelo A., *Análisis crítico del juicio a los ex comandantes*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 1987, p. 60, especialmente p. 76 y ss., nota 19.

linquir por comisión, o delinquir por desobediencia), tienen que entrar en consideración las mismas reglas de ponderación de bienes jurídicos que rigen en cualquier estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, CP)⁸.

Por ello, la ampliación del ámbito de la justificación que propicio —recuperando en cierto modo la tradición románica, que distinguía el efecto de la eximente según la gravedad del hecho cometido— pretende otorgar al inferior suficientes garantías de no ser sorprendido por la ilicitud dudosa que habría podido tener la orden cumplida por él, a la vez que ponderar el valor del normal funcionamiento de la administración, puesto que, cuando el cargo del subalterno no le impone específicamente el deber de examinar la legalidad de la orden, la revisión permanente de cada detalle de su jurisdicción, además de comprometerlo por su posible desobediencia, entorpecería de modo irrazonable el espontáneo acatamiento de los actos administrativos, que también constituye, en principio, un valor social, y, en este sentido, un bien jurídico que proteger. Al mismo tiempo, para los casos de trascendencia, la tesis que propongo concilia estos valores con la vigencia de las instituciones democráticas y el respeto básico de la dignidad humana: la autonomía ética del hombre⁹.

⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique. *Líneas de la teoría del delito*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1988, p. 81. Con más desarrollo había expuesto Bacigalupo esta idea en el ciclo de conferencias y seminario que dictó en Buenos Aires, en agosto de 1985, como profesor invitado por la Facultad de Derecho (UBA), especialmente la conferencia del 28/8/85: *Problemas actuales de la autoría y la participación*, pronunciada en la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

⁹ Esta explicación conceptual, dogmática, coincide con el sentido de las enseñanzas de los juristas más tradicionales del comienzo del estudio del derecho penal en la Argentina. Confróntese, si no, estas palabras de Tomás Jofré, al comentar, en 1922, el Código que nació en aquella época: "Inciso 3º. La obediencia es ciertamente un deber—dice Pacheco—pero no la obediencia absoluta, sin ninguna condición, sin ningún contraste que la compruebe. Un padre no puede mandar a su hijo que cometa crímenes; una autoridad no puede mandar a sus subordinados que se subleven contra el gobierno. Cuando tales cosas se mandasen, el hijo y el subordinado no deberían obedecer. Obedeciendo, no se eximirían por ello de responsabilidad. No les era permitido anular su personalidad hasta tal punto". Y en seguida agrega, con transcripción de Pacheco: "La presunción es que toda persona consultada es autoridad obra dentro de los límites de ésta y, por consiguiente, que le es 'debida' la obediencia de sus subordinados. Toda vez que se llenan las formas exteriores pertenecientes a cada clase de preceptos, se da suponer que éstos corresponden a la esfera en que aquella persona los podía dictar. No compete a sus subalternos el ir a buscar razones más o menos especiosas, para eludir o negarse a obedecer lo que contienen.

Naturalmente, una explicación como ésta, condicionada a que la orden no sea manifiestamente ilegítima, ni implique cometer un hecho más grave que la gravedad que tendría una desobediencia, establece límites difusos, demasiado fluidos, al ámbito de la justificación, como para resolver con seguridad los casos ubicados cerca de la zona de penumbra. Pero se trata de una incertidumbre propia de la complejidad del problema, y que existe también, por lo demás, en todo caso de conflicto entre bienes o deberes jurídicos de cualquier clase.

Para el caso de las violaciones a los derechos fundamentales habidas en la Argentina durante el último gobierno militar, de todos modos, el criterio flexible que propongo como punto de partida, no deja ámbito dudoso alguno, porque, al menos los hechos que estaban en el primer plano de la consideración social y judicial, constituían hechos ilícitos de la mayor evidencia posible, dado que se hallan proscritos por la cláusula más pétrea y terminante de nuestra Constitución, aquella parte del art. 18 que declara: "Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes".

No existen posibilidades, pues, para dudar de la ilegalidad manifiesta de una orden de torturar o matar a personas indefensas.

Acerca de las consecuencias prácticas en el ámbito de lo manifiestamente ilícito, está de acuerdo la doctrina jurídico penal de todo el mundo¹⁶.

Esos motivos de examen no han de ser nunca de propósito inquiridos: basta, y no es poca, con que se les atienda, cuando espontánea y sin querer ocurren; basta con no rechazarlos en vez de complacernos en su investigación. Cuando es necesario inquirirlos, desde luego dudamos de su legitimidad. Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego, a la vista de todo el mundo; el sentido íntimo y la conciencia, subyugándose a pesar nuestro, nos los señalan. Infúrese también de aquí que siempre que hubiere dudas, por leves que sean, la obediencia es nuestra obligación. Para eximirnos de ella, para contrarrestar legítimamente el deber y las consideraciones de pública utilidad que nos las prescriben, es menester algo más que un tímido dudoso acerca de su derecho. Necesitase que el deber contrario sea muy claro y de muy superior orden, para que aquella no sea el recurso más seguro y, de consiguiente, el que se deba elegir". Jofré, Tomás, El Código Penal de 1922. Bs. As., Abeledo, 1922, p. 94 y siguientes.

¹⁶ Las diferencias existen sólo en el modo de fundamentar las conclusiones; no en las conclusiones mismas. Se ve consulta, por ejemplo, el artículo de Baugou, David, La obediencia debida en el artículo 514 del Código de Justicia Militar, en "Doctrina Penal", año 2, n° 35, 1966, p. 377 y ss., se podrán advertir diferencias de fundamentación, pero una coincidencia sustancial en las conclusiones. También difiere en muchos aspectos de la fun-

Más adelante explicaré por qué razón el art. 514 del CJM, no implica ninguna excepción criolla a esta regla universal.

c) La obediencia como error sobre la ilicitud

El estudio de las condiciones en que la obediencia puede constituir una justificación nos ha allanado el camino para determinar ahora en qué casos, aunque la orden haya sido manifiestamente antijurídica, o haya implicado cometer un delito de mayor gravedad que la desobediencia misma (en cualquiera de cuyos dos casos, el cumplimiento de la orden es antijurídico), el ejecutor de la orden puede quedar igualmente impune por efecto de un error de prohibición inevitable (arg. art. 18, Const. Nacional; y 34, inc. 1º, CP).

1) Manifiesta ilegitimidad de la orden

Si la orden es manifiestamente ilegítima (un posible presupuesto para que su cumplimiento no justifique al subalterno), es improbable la concurrencia de un error.

Podría ocurrir, sin embargo, que ciertas personas, de escasa cultura o capacidad de comprensión, pudieran no advertir la antijuridicidad del mandato, inclusive en casos de gravedad. La hipótesis es demasiado académica, y casi inimaginable en casos de homicidio alevoso o aplicación de tormentos, pero podría ser verosímil en otros casos, si fueran demostradas las condiciones suficientes.

2) Gravedad del hecho cometido

Pues bien, digamos que otro caso en el que el subordinado obra fuera de los límites de la justificación, ocurre cuando la orden, sin ser manifiestamente antijurídica, implica cometer un hecho de mayor gravedad que la gravedad que tendría el delito de desobediencia.

Aquí es bien factible que el subordinado, que no está

damentación de Magarinos, Mario - Siens, Ricardo. La obediencia jerárquica y la autoría mediata en la estructura militar. LL. 1986-E-1164, cuya orientación sigue la idea mayoritaria del error, pero con conclusiones prácticas cercanas. En cambio, ciertas obras o artículos publicados en el país en favor del mayor fortalecimiento posible del deber de obediencia, mencionados con frecuencia como productos representativos, no hallan apoyo alguno ni en la tradición jurídico-romanista, ni en el estado actual de la discusión en la dogmática penal del derecho continental europeo y latinoamericano.

justificado, actúe, sin embargo, sobre la base de un error de cálculo acerca de la gravedad del hecho, o de la importancia relativa de su deber de obediencia. Rigen para este caso las mismas reglas que en cualquier otro caso de error sobre la ponderación de los valores jurídicos en juego, en una colisión de intereses.

3) *¿Régimen privilegiado sobre los efectos del error?*

La cuestión que quedaría por tratar es la de si el error que afecte al subordinado, en cualquiera de estos casos, tiene que ser necesariamente un error inevitable, como ocurre en general con el error de prohibición, o si el carácter de sometido a una estructura administrativa que reviste el inferior, produce una situación privilegiada—para el caso de que el inferior carezca del poder de revisión de la legitimidad de la orden—, de modo que también lo exima, al autor del hecho, un error evitable¹¹.

A una consecuencia sustancialmente idéntica se podría llegar si se pensara que, en rigor, lo que puede producir una situación privilegiada de error, en los casos de obediencia—sobre la base de la conocida presunción de legitimidad que tiene, en principio, el acto administrativo—, es la reducción de las exigencias subjetivas que normalmente son requeridas para considerar a un error como inevitable.

4) *Carácter abstracto de la cuestión del error*

Sin embargo, todas estas cuestiones teóricas constituyen mera subtilitas ante la gravedad del problema argentino. Pues los casos que conmovían a la opinión pública no giraban en torno a posibles situaciones de error por parte del subalterno, al menos no para el problema central constituido por la aplicación de tormentos y homicidios por causas políticas.

Por lo demás, no hace falta aclarar que cualquier hipótesis de error—improbable o factible—debe ser demostrada en un debate concreto. Nunca puede ser presumida de modo general para un cierto número de casos¹².

¹¹ Ver, entre otras, las referencias de las notas 7 (convid. 33 del voto de Baquedó) y 9 (transcripción de Jofré, quien sigue a Pacheco), que contienen, en ciencias, esta idea.

¹² De allí que la reforma que se pretendió introducir con el proyecto original del texto que después fue la ley 23.048, según el cual, con relación a

5) Conciencia errada y actitud disidente (delincuente por coacción.)

Si es importante aclarar que no constituye un error, en el sentido de la teoría del delito, la propia actitud disidente que pueda tener el autor del hecho respecto, por ejemplo, del valor de los principios del Estado republicano, o de los derechos fundamentales del hombre.

Es decir, una cosa es que el autor invoque un error acerca de la licitud de una orden, y otra muy distinta es que se pronuncie en favor del valor ético que tenía el hecho cometido por él, desde el punto de vista de sus propias convicciones morales. Este no es un caso de error acerca de lo que el derecho prohíbe, sino un punto de partida ético contrario al punto de partida del ordenamiento jurídico. Es el caso de cualquier delincuente por convicción –p.ej., el terrorista–, que rechaza ab initio el fundamento ético del Estado liberal. En tales hipótesis, el derecho sólo puede reconocer, en el mejor de los casos, el respeto por la autenticidad o coherencia moral del delincuente: no su inculpabilidad por el hecho injusto cometido¹³.

d) La obediencia como coacción

Si se trata de un caso en el que el subordinado ha actuado fuera de los límites de la justificación y con conciencia de la antijuridicidad del hecho, todavía es posible, a pesar de ello, que sea impune por haber sido amenazado de sufrir un mal grave e inminente para el caso de desobedecer la orden (art. 34, inc. 2º, CP).

los hechos cometidos "con el motivo alegado de reprimir el terrorismo... se presumirá, salvo prueba en contrario, que se obró con error inculpable sobre la legitimidad de la orden recibida", constituía una invasión del Poder Legislativo sobre el Judicial, ya en los albores del renacimiento democrático (el proyecto había sido enviado el 13/12/63). Políticamente, la cuestión era más clara: esa ley, que atribuyó competencia a los tribunales militares para entender en "primera instancia" constituyó la primera estrategia de amnistía (en el sentido político, no técnico) del gobierno argentino, por la competencia atribuida a esos tribunales y por el propósito de imponer una presunción legal de error. Al respecto, véase más adelante, punto 3. e.

¹³ Aun en el derecho alemán, cuya Ley Fundamental contiene el reconocimiento de la objeción de conciencia, no se admite que ella pueda legitimar o excusar los delitos de comisión. Distinto, en los delitos de omisión. Al respecto, cfr. Stratenwerth, Günter, *Derecho penal*, trad. Gladys Romero, p. 189, n° 611 y siguientes.

El requerimiento de un mal grave alude aquí, ante todo, y casi exclusivamente, a daños en la integridad corporal del propio autor o de una persona directamente allegada a él¹⁴. El de la iminencia, pone de manifiesto que no puede ser considerada como coacción una amenaza de concreción remota o meramente hipotética. Es preciso que concurren elementos que corroboren la seriedad de la amenaza que afectó al obediente.

En particular —por mayor certidumbre que exista acerca de la concreción de la amenaza— no constituye mal grave alguno el riesgo del subordinado de ser trasladado de destino oficial; de ser sancionado por "equis" número de días de arresto; o de ser dado de baja. Precisamente por esto, si el daño que se le exige causar al inferior amenazado es grave, y él puede evitar el conflicto mediante la renuncia al cargo —sin otro riesgo para él—, debe renunciar¹⁵.

Pero también con relación a este tema el caso argentino torna abstracta cualquier discusión. No se conocen casos, en efecto, de imputados que hayan invocado haber sido amenazados por tal o cual superior de sufrir un mal grave para el caso de negarse a cumplir la orden ejecutada. Por el contrario, existen numerosos ejemplos de autores que manifestaron explícitamente haber cometido los hechos —para decirlo con palabras del tribunal de Jerusalén, en el caso Eichmann— "de corazón y gustosamente"¹⁶.

¹⁴ Por cierto, el "mal grave" es un concepto de relación. La gravedad debe ser analizada siempre con relación al injusto cometido. Para la comisión de un hecho doloso poco grave, o de un hecho culposo, el ámbito de la disculpa por coacción es más amplia. Rigen aquí reglas análogas a la colisión de intereses en el estado de necesidad, precisamente porque la coacción constituye una forma de estado de necesidad. Así, la amenaza de perder el empleo si no se realiza una acción imprudente, puede llegar a eximir a quien, si hubiera obrado dolosamente, sería punible. Cfr. Sancinetti, Marcelo A., *Casos de derecho penal*, 3ª ed., Ite. Aa., Hammurabi, 1986, p. 120 y siguientes.

¹⁵ Cfr. Saur, W., *Derecho penal*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1966, p. 311, quien dice expresamente que el subordinado debe en tal caso "dimitir el cargo que le lleva a un conflicto semejante".

¹⁶ Tomado del voto de Baqué, comid. 35, e ten el voto de Petracchi, comid. 8, c), Corte de Distrito de Jerusalén: "Por el contrario, cumplió con sus deberes en todos los casos, también con convicción interna, de corazón y gustoso...". Sin embargo, se puede poner en duda que esto sea un requisito autónomo. La frase contiene un efecto persuasivo evidente en el plano emocional. Pero ¿no será que el "ánimo gustoso" más bien denuncia la ausencia de una "amenaza grave"? Si, en cambio, por vía de hipótesis, se

En todo caso, desde luego, también para quien invocara una situación de coacción, sería preciso demostrarla en el caso concreto. El carácter de "subordinado" no implica, de modo general, el de estar coaccionado en el sentido del Código Penal¹⁷.

e) Síntesis

De lo dicho hasta aquí se puede extraer la siguiente conclusión:

En el derecho penal común de todo el mundo occidental, la obediencia debida (art. 34, inc. 5º, CP) requiere la presencia de diversas condiciones de aplicación —ora para operar como justificación: art. 34, inc. 3º, CP, ora como inculpabilidad: art. 34, inc. 1º, CP, ora como disculpa: art. 34, inc. 2º, CP—, que no concurren en el caso de las lesiones a derechos fundamentales habidas en nuestro país durante el régimen militar, como no existen en general, casi nunca, en los casos de delitos de lesa humanidad¹⁸.

La cuestión a discutir ahora consiste en analizar si el Código de Justicia Militar debía conducir a una conclusión distinta.

3. EL DEBER DE OBEEDIENCIA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

a) El punto previo: rebelión y obediencia debida

Desde mi punto de vista, una afirmación consecuente del principio republicano de gobierno, tras el retorno a la

podría imaginar que un subordinado pasa con el cumplimiento de la orden, pero, igualmente tiene la seguridad de sufrir un mal gravísimo si no la cumple, no parece tan claro que no quede disculpado, por el solo hecho de haber actuado con "perverseidad moral", cuando, de todos modos, él era consciente de la amenaza y habría respetado la orden, por temor, aun cuando no hubiera sentido por ella cumplir. El caso es, de todos modos, demasiado académico.

¹⁷ La confusa invocación de un presunto "estado de coacción" que hizo la ley 23.521, para disimular que se presuma un "estado de coacción" (como si ello cambiara demasiado por el solo uso de otra palabra), junto, al parecer, a determinar el ámbito del deber de obediencia (justificación), sólo se explica por la inadmisibilidad ética de esta ley, y la claudicación que la originó. Jurídicamente, la coacción requiere que haya concurrido efectivamente una "amenaza de sufrir un mal grave e inminente" (art. 34, inc. 2º, CP).

¹⁸ Cfr. Jeschek: "no será vinculante por razones materiales la directriz que suponga la imposición de un comportamiento que lesione la digni-

vida democrática, debió dejar absolutamente de lado la cuestión del régimen de la obediencia en el Código de Justicia Militar.

Como se sabe, en el año 1976, las fuerzas armadas derrocaron al gobierno constitucional e impidieron su posterior renovación en los términos y formas legales. Esto significó la comisión (permanente) del delito de rebelión en los términos de los arts. 236 del CP y 642 del CJM.

Y sucede que el art. 652 del CJM, prevé una regla sumamente clara para este caso. Dice, en efecto, este artículo: "Mientras subsista la rebelión, todos los militares que participen en ella, quedan privados de la autoridad y prerrogativas inherentes a su grado".

Pues bien: quedar privado de la autoridad inherente al grado significa carecer de competencia y legitimidad administrativa para impartir órdenes que "deban ser obedecidos". De manera que los preceptos dirigidos a fortalecer el deber de obediencia en el Código de Justicia Militar, quedan directamente neutralizados, según el propio derecho militar, cuando los ejércitos se hallan en un estado general de rebelión. Sólo debe ser obedecido el mandato tendente a defender el orden constitucional o a restablecerlo (arg. art. 650, CJM)¹⁸.

Sin embargo, dado que los juristas de mi generación, y la de los anteriores a mi generación, y la de aquellos que pertenecen a la generación anterior a la que precede a la mía, no aceptarían, por sí sola, esta línea de fundamentación —porque han sido formados más bien en la actitud claudicante de hacer de cuenta, una vez restablecido un gobierno constitucional, que el anterior gobierno de facto hubiese sido igualmente un gobierno legítimo—, me ocuparé ahora de aquellos preceptos que regulan más fuertemente el deber de obediencia en el derecho penal militar, "como si no rigiera" el art. 652 del CJM.

Personalmente, no podía faltar, de todos modos, al imperativo ético de aclarar cuál es mi verdadera posición.

dad humana... o se oponga a las reglas generales del derecho internacional" (Tratado, vol. 1, § 35, II, 2, b, p. 539).

¹⁸ Ver Sancinetti, *Análisis crítico del juicio a los ex comandantes*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 37, 1987, p. 59, especialmente § 4, IV-V, p. 36 y siguientes.

b) *El marco de la discusión en el derecho penal militar*

1) *Planteo de la cuestión (artículo 514, CJM)*

A propósito del deber de obediencia en el derecho militar, entraron en discusión, en estos años, distintos preceptos del Código de Justicia Militar.

Un grupo de artículos citados para sostener la obligatoriedad de las órdenes impartidas al inferior, aun cuando sean delictivas, está constituido por los arts. 516, 518 y 522 del CJM, que se refieren a los efectos del abuso de autoridad del superior, respecto del comportamiento del inferior. Otro grupo es el que integran los arts. 674, 675 y 667, que se refieren a la desobediencia y a la insubordinación.

Nos llevaría mucho tiempo explicar aquí por qué razón estos preceptos, en mi opinión, no guardan una relación decisiva con el tema que se discutía: la cuestión de si el destinatario de una orden antijurídica debe desobedecerla a pesar de su ilicitud²³.

Es preferible concentrar la atención, en cambio, en el texto del art. 514 del CJM, cuyo sentido literal –comparado con el de los demás preceptos– es el más cercano posible al denominado principio de la obediencia pasiva o ciega.

Dice el texto: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiera dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden".

El origen histórico y la variación posterior que sufrió este texto, apoyan el sentido literal que parece eximir al inferior por la ejecución de cualquier orden, mientras ésta pueda ser considerada una orden relativa "al servicio".

2) *El origen del artículo 514 del CJM*

El art. 514 del CJM, proviene del art. 47 del Cód. Penal Militar alemán, de 1872, el cual, tras decir que "sólo es res-

²³ Coincidió, en buena medida, con el meditado tratamiento que dio la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (al resolver la denominada "causa Campa" –"causa incoada en virtud del decr. 28034 del Poder Ejecutivo Nacional", el mismo expediente en el cual la Corte Suprema aplicó más tarde la ley 23.521, que declaró como válida–) a las constataciones de argumentos que se referían a los arts. 516, 518 y 522 del CJM, por un lado, y 674, 675 y 667, por el otro (ver la sentencia, puntos 3, Los mandatos antijurídicos, y 4. El derecho positivo, fs. 8813 y siguientes).

pensable el superior que dio la orden", establecía dos excepciones en las que el inferior debía responder: "cuando: 1º se hubiera excedido en la orden por él recibida, o 2º tuviese conocimiento de que la orden del superior correspondía a una conducta que tenía como objetivo la comisión de un crimen".

En un principio, el texto alemán fue recibido —con redacción ligeramente distinta, pero con las mismas excepciones que preveía aquella fuente— en los proyectos nacionales preparados por una Comisión que integraban entre otros Manuel Obarrio y Amancio Alcorta, y que fueron sancionados en 1894 —para entrar a regir a principios de 1895: leyes 3190 y 3202—, como Códigos Militares para el Ejército y la Armada.

En aquel entonces, el texto argentino, fuente del actual art. 514 del CJM, decía lo siguiente: "Cuando haya sido violada una ley penal por la ejecución de una orden de servicio, el jefe militar que hubiese dado la orden será el único responsable. Sin embargo, se impondrán las penas de la complicidad al inferior que haya obedecido:

1º) Cuando se haya excedido en la ejecución de la orden que le fue dada.

2º) Cuando haya firmado, transmitido o ejecutado la orden de su superior que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar".

3) La derogación de la segunda excepción (1905)

Sin embargo, a raíz de la nueva estructura que recibe la legislación militar, entre 1897, en que Bustillo da una nueva estructura al Código Militar, el texto —que pasa a ser el art. 519 de ese Código— pierde la segunda excepción que provenía de la fuente alemana, y queda redactado de modo casi idéntico al actual art. 514.

Sumamente interesante es seguir el debate de la Cámara de Diputados de 1905, en torno a este artículo.

Allí no hay una explicitación de por qué se derogó la segunda excepción de 1894-1895. Pero sí parece ser la hipótesis más factible —a pesar de la oscuridad de la discusión, que enturba la significación de la reforma— que los redactores pretendieron consagrar, con el texto actual, un régimen de obediencia pasiva o ciego.

El propio Consejo Supremo de aquella época le había sugerido a la Comisión que revisaba el proyecto, que incorporara una regla que diera suficientes garantías a los oficiales que recibieran órdenes delictivas que debieran hacer cum-

plir a sus respectivos subalternos. Y el diputado Demaría propuso entonces agregar un párrafo con el siguiente texto: "Las órdenes de que pueda resultar la comisión de un delito se impartirán siempre por escrito"²¹.

Durante el debate parlamentario, ese legislador pidió la palabra para reivindicar ante todo el honor de haber propuesto él ese agregado, y dijo: "La ley vigente establecía que cuando del cumplimiento de alguna orden militar había resultado la comisión de un delito, el subalterno que lo había cometido era procesado como cómplice; y con ligeras modificaciones el espíritu de esa prescripción se mantenía en el proyecto del Poder Ejecutivo" (decía con preocupación este diputado)²².

Y enseguida agregó: "Yo lo observé en la Comisión, diciendo que creía que esta reforma debía establecer en su total integridad el criterio de la obediencia pasiva, que es, en mi concepto, el único criterio sobre que se puede fundar la disciplina militar. Pero al mismo tiempo, señor presidente [segua el diputado Demaría], propuse también que cuando la orden importara la comisión de un delito, el subalterno tuviera el derecho de exigir que le fuera dada por escrito..."²³.

A partir de esta intervención de Demaría, el debate se centró en discutir si la exigencia de dictar la orden por escrito era razonable, o no. Y en ningún momento se justificó la desaparición de la segunda excepción del antiguo texto que provenía del derecho militar alemán.

Entre aquellos que no querían aprobar el segundo párrafo que se quería incorporar para que las órdenes que pudieran constituir delito fueran dadas por escrito, había, curiosamente, quienes no querían aceptar que la ley previera de manera explícita que una orden dictada para cometer un delito tuviera que ser cumplida (lo orden delictivo debe ser desobedecida, sería el criterio de este grupo), y quienes, por el contrario, sostenían que la exigencia de orden escrita resentiría la disciplina militar, porque conduciría al ejército deliberante (todo orden debe ser obedecido, dirían éstos).

El propio general Roca, por ejemplo, entre los primeros, dijo lo siguiente: "Creo que ni la ley militar, ni ninguna otra

²¹ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 161.

²² HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 428.

²³ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 428 y siguientes.

ley, puede suponer el caso de que los jefes y oficiales del ejército ordenen la comisión de delitos y menos debe dar esta sanción de impunidad para la perpetración de delitos, que se ejecuten por orden escrita emanada del superior"¹⁶.

A esto le acotó bien Bustamante: "¿Y para qué es el Código de Justicia Militar, entonces?"¹⁷.

Replicó Roca: "Pero una cosa es la pena, que establece el Código para los que cometen delitos y otra es la sanción de impunidad que da este artículo para que los cometan en virtud de orden escrita. Son casos completamente distintos. Por estas consideraciones, voy a votar por la supresión del agregado"¹⁸.

Y cerca del final del debate, agregó el general: "Creo que lejos de autorizar con una sanción de la ley la facultad de cometer un delito, no es posible condenar a aquel subalterno que se niegue a ejecutar un robo, que se niegue a incurrir en las mil penas establecidas por delitos definidos absoluta y taxativamente por la ley militar; por el contrario, ese militar será en todos los casos exento de pena"¹⁹.

Sin embargo, y con la misma finalidad de suprimir la exigencia de forma escrita, el diputado Argerich trajo a colación una intervención anterior del diputado Domínguez, quien, tras una argumentación de Palacios –según la cual todo sujeto, por obediente que sea, debía responder por la comisión de un delito, si había obrado a conciencia–, había replicado que esa idea conducía a un ejército deliberante²⁰. Y Argerich utilizó entonces esa respuesta de Domínguez para replicarle a su vez a Roca, y cerrar el debate: "Acaba de iluminar con una palabra profunda este debate, el señor diputado por Santa Fe: El ejército deliberante!... Cuando un artículo de la ley se refiere a una orden del servicio, dada bajo el honor y la plena responsabilidad de un jefe del ejército que tiene como regla de su conducta el honor, no podemos ponernos sino en ese solo concepto y punto de vista! ¡Muy bien!"

El inc. 2º del artículo, de acuerdo con lo que he dicho an-

¹⁶ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 429.

¹⁷ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 429.

¹⁸ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 429.

¹⁹ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 432.

²⁰ HCDipNación, DS, 1905, t. II, Sesiones ordinarias, p. 432.

tes, no significa ni significaría jamás sino una cosa: una excepción dilatoria del inferior para con el superior.

Ahora, como no concibo esa excepción dilatoria... insisto en que este inciso no debe votarse (¡Muy bien!)”²⁹.

Se ve pues que, como ocurre casi siempre que uno estudia los antecedentes parlamentarios de una ley, el debate fue de lo más confuso, y probablemente sólo Palacios entendía bien qué se estaba discutiendo, y votó finalmente en contra de todo el precepto, aunque tampoco él trajo a cuento que por encima de la discusión relativa a la forma escrita de la orden, quedaba derogada la segunda excepción del antiguo texto que provenía de la fuente alemana.

Las palabras anteriores de Palacios, únicas de toda razonabilidad en el oscuro debate, habían sido éstas: “Creo que el que comete un delito aunque sea por orden superior, es un delincuente, y en tal concepto debe considerársele. Las relaciones del inferior respecto del superior en el ejército pueden ser de disciplina y de subordinación, entendiéndose como tal la sujeción a una orden lícita, pero de ninguna manera de obediencia pasiva que mata en germen el juicio externo sobre la causa determinante del mandato, y que, por consiguiente, anula en absoluto la personalidad humana.

El ejército no debe ser una escuela de sometimiento.

El soldado es un hombre, debe serlo; es un ser que piensa, que raciocina; y por lo tanto, aunque se le dé una orden por escrito exigiéndosele un acto que importe la ejecución de un delito, no puede considerársele irresponsable. De otra manera no tendremos hombres soldados, sino soldados máquinas...

—no puede ser un ejército un montón de individuos que no raciocinan, que no tienen conciencia de su propia personalidad; y la obediencia pasiva, defendida con tanto calor en esta Cámara, nos lleva a eso, es decir a la supresión absoluta de la característica humana”³⁰.

4) La aplicación del precepto (antes de 1905, y después)

Empero, con toda la confusión que haya podido haber en el debate de 1905, lo cierto es que allí murió la antigua men-

²⁹ HCDipNación, DS. 1905, t. II. Sesiones ordinarias, p. 433 y siguientes.

³⁰ HCDipNación, DS. 1905, t. II. Sesiones ordinarias, p. 433.

ción explícita de que el inferior debía responder si tenía plena conciencia de la ilegitimidad de la orden. Y el texto pasó a indicar que la ejecución de una orden por parte del inferior no podía generar su responsabilidad, mientras se tratara de una orden de servicio y el inferior no se excediera en su cumplimiento.

Sin embargo, a pesar del nuevo texto, bien pronto se hizo presente, entre nosotros, la verdad que muchos años después habría de pronunciar el fiscal inglés, ante el tribunal de Núremberg: "Hay un punto donde el hombre tiene que negarse a seguir a su superior. Únicamente sobre la colocación de este punto existen discrepancias".

El 28 de enero de 1908, es decir, poco después de sancionado el Código Bustillo, el coronel José Calaza fue procesado por desacato, por haber impedido el acceso al Congreso al senador nacional Manuel Láinez. Calaza invocó órdenes del Ministerio del Interior, y, sin embargo, la Cámara Federal de entonces lo condenó, sobre la base de que "entre la ley que manda en general obedecer a un superior y una ley prohibitiva que manifiestamente contraria lo que el superior ordena, la elección no es dudosa. Antes que todo, el cumplimiento de la ley, que es superior a todos los mandatos..."²¹.

Ésta había sido también la jurisprudencia argentina anterior a nuestros Códigos Militares, en vigencia aún de las antiguas ordenanzas españolas.

Nótese, por ejemplo, la claridad del Procurador General de 1867, Francisco Pico —mucho más lúcido que el Procurador General actual—²², cuando dijo, con motivo de un movi-

²¹ Ver "Revista de Derecho Penal", Bs. As., Editor, 1948, año IV, n° 4, p. 431 y siguientes.

²² Aludo aquí al Procurador General Juan O. Gauna, que firmó el dictamen del 83/87 requerido por el Presidente (ver mensaje de Alférriz al país del 21/4/87: "estábamos concretando a través del correspondiente dictamen del Procurador General de la Nación..."; diario La Razón, 22/4/87), en favor de una obediencia ciega. Sustuvo el Procurador que la excepción de la eficacia de la orden para el caso de hechos atroces y aberrantes, era una excepción prevista retroactivamente por la ley 23.048. Con razón ironizó un semanario, por aquel entonces (El Periodista, 15-21/5/87), con que las opiniones sobre el dictamen "se hallaban divididas"; unas decían que era atroz, otras, aberrante. Al mismo tiempo en que emitió ese dictamen, Gauna remitió una carta al Presidente de la Nación, en la que le aconsejaba modificar la legislación militar, el "concepto extremo de la obediencia", porque ésta podía obligar a obedecer órdenes que "soclayan lo insustituible, porque es, la dignidad y la condición del hombre, y degradan tanto los derechos humanos de las víctimas cuanto, al unísono (7), los de quienes así tra-

miento sedicioso ocurrido en Córdoba, en agosto de aquel año, las siguientes palabras que fueron hechas suyas sin otra fundamentación por los ministros de la Corte: "La orden de su superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden, y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley, y constituye en sí mismo un crimen.

¿Por qué? [se preguntaba] Porque el hombre es un ser dotado de voluntad y discernimiento: no es un instrumento ciego e insensible.

Él no debe obediencia a sus superiores sino en la esfera de las facultades que éstos tienen.

Y aun dentro de esa esfera, si el acto constituye evidentemente un crimen, como, por ejemplo, si un oficial que manda un puesto ordena a sus soldados que hagan fuego sobre los ciudadanos inofensivos y tranquilos que pasan por la calle... si un jefe militar ordena a los soldados que hostilicen al gobierno. En estos casos y otros semejantes, la obediencia no es debida, porque es evidente que esos actos son crímenes que las leyes reprueban y castigan, y el agente que los ejecuta debe sufrir la pena, sin que pueda ampararse de una orden que no ha debido obedecer, si no hubiese tenido la intención criminal"²³.

Y, en verdad, la doctrina que expresan estas bellas y justas palabras, fue también siempre la opinión firmemente asentada aun en el propio ámbito castrense, antes y después de 1905²⁴.

5) La interpretación correcta del artículo 514 del *CJM*

La cuestión reside en determinar cuál es el razonamiento correcto para condicionar el deber de obediencia que aparece como absoluto en el marco del art. 514 del *CJM*, pero que nunca fue considerado como tal.

fríos y sistemáticos deberes, bajo la presión de la necesidad incondicionalidad extrema, cumplir con el deber de ejecutarlos". A mi juicio, este deseo de parecer liberal y democrático, al mismo tiempo que defensor del deber de torturar y matar por causas políticas en contra del art. 18 de la Constitución, ha sido lo peor.

²³ CSJN, Fallos. 5:181, causa XXVII, especialmente p. 188.

²⁴ Cfr. entre otros autores concordantes, Ramayo, Raúl A., La obediencia debida en el Código de Justicia Militar, en "Boletín Jurídico Militar", Bs. As., n° 14, 1972, p. 9 y siguientes.

Los distintos criterios para negar la obligatoriedad de las órdenes ilícitas, fluctúan entre estas posibilidades:

a) Elaborar un concepto de orden de servicio que deje fuera del ámbito del art. 514 las órdenes manifiestamente ilícitas.

b) Proponer un correctivo auxiliar, no contenido en el texto, consistente en negar la impunidad de quienes tengan "capacidad decisoria", para apreciar la ilicitud de la orden.

c) Interpretar el art. 514, según una reconstrucción racional de su texto, acorde con los principios de un Estado de derecho.

El marco de la discusión se ampliaría de modo exorbitante, si trajera a colación ahora cada una de las formulaciones particulares que han sido dadas para fundar las respectivas propuestas de restricción, y las contraargumentaciones que se les han opuesto.

Mi propósito es el de aportar aquí una interpretación que pueda superar sin réplica las discusiones particulares.

Desde mi punto de vista, la cuestión se resuelve sencillamente así: Toda interpretación legal que condujera a fortalecer la obediencia del subalterno aun ante órdenes contrarias a la ley, estaría delegando en el superior jerárquico la posibilidad de derogar, para ese inferior, la ley que reprime el correspondiente delito.

El reconocimiento del deber jurídico del inferior de cumplir una orden antijurídica, presupone, lógicamente, que el superior es depositario de la potestad de derogar, respecto de ese inferior concreto, el efecto vinculante de las leyes. Sin embargo, el Congreso carece de poderes para delegar potestades abrogatorias en los oficiales de los ejércitos.

Por consiguiente, una interpretación del art. 514 del CJM, que condujera a ese resultado, sería inconstitucional —haya sido ése el sentido de la reforma de 1905, o no—, porque ni el Congreso de 1905, ni ningún otro de un régimen republicano, tiene facultades para delegar tal función legislativa derogatoria de una ley que, para los demás casos, permanece vigente.

Este sencillo punto de partida aparece aun más indiscutible si se deja de pensar en hipótesis abstractas, y se vuelve la atención, una vez más, sobre los casos que estaban, en la Argentina, en el primer plano de la conmoción: la aplicación de tormentos y el asesinato estatal por móviles políticos.

Recordé hace un momento que hechos tales se hallan prohibidos por el terminante texto del art. 18 de la Const. Nacional, que recoge una larga tradición cultural, anudada ya en la Asamblea del año XIII²⁸.

Pues bien: ninguna ley podría reconocer, en ningún órgano del Estado, la competencia para originar el deber jurídico de secuestrar a un ciudadano, para que luego sea torturado y muerto.

Es fraudulento decir —como quiso presentarlo el gobierno— que el imperativo constitucional se satisface con sancionar a alguien: al superior. Aquí no se trata sólo de establecer la responsabilidad de quien da la orden, o de algún otro, sino de reafirmar que la Constitución argentina prohíbe que pueda surgir, respecto de ningún órgano estatal (p.ej., un soldado de las fuerzas armadas), ni de ninguna otra persona, el deber jurídico, ni la facultad, de torturar a su prójimo, o matarlo por causas políticas.

En conclusión, el art. 514 del CJM, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, debe ser interpretado del siguiente modo: El precepto sólo prevé una causal de impunidad privilegiada para el inferior que cumple una orden que no se le presenta a él como manifiestamente ilícita, ni produce un daño social más grave que el que implica la desobediencia misma.

A este resultado se puede arribar por las distintas fórmulas que ya fueron dadas:

a) Restringir el primer presupuesto para la aplicación del art. 514 del CJM —es decir: el concepto de orden del servicio— tal como lo ha hecho la doctrina militar tradicional (pero, entonces, es preciso reconocer que el concepto de orden "del servicio" no tiene exactamente el mismo alcance para admitir la excusa de la obediencia, que para atribuir la competencia de los tribunales militares en tiempo de guerra, o responsabilizar civilmente al Estado por el hecho del dependiente).

b) O bien, se puede llegar a conclusiones básicamente análogas, mediante el límite de la capacidad decisoria, como asimismo ha hecho frecuentemente la jurisprudencia (pero, entonces, hay que aclarar también que la "capacidad decisoria" depende de la gravedad del hecho y que cuanto más grave sea él, mayor será el ámbito de quienes tengan tal

²⁸ Me refiero, naturalmente, al año XIII del otro siglo.

capacidad, de modo que, en particular, ante delitos atroces, todos deben desobedecer).

c) O se acepta una reconstrucción racional del art. 514 del CJM, que lo integre en el sistema del Estado de derecho, tal como lo hizo, por ejemplo, en su ilustrado voto, el ministro Jorge A. Bacqué, con la siguiente fórmula: en su opinión, el "exceso" del que habla el art. 514, no significa realizar "más de lo ordenado"; porque si el ejecutor se excede en este sentido, él ya no puede ser sólo cómplice de un superior que no ha dado esa orden (el superior no tiene por qué responder, en estos casos, como autor mediato, sino que el inferior es el —único— autor del hecho excedente); y ¿cuál sería el otro sentido posible de "excederse"? En opinión de Bacqué, "excederse", en el sentido del art. 514 del CJM, significa cumplir una orden tal cual fue dada, pero más allá de aquel ámbito dentro del cual la sociedad está dispuesta a que el inferior isoque obediencia sin ser responsable de sus actos: un hecho no manifiestamente ilícito, ni de gravedad²⁶.

La objeción que se me podría formular ahora sería la siguiente: Si fuera correcto mi argumento fundado en la incompetencia del Congreso para delegar facultades derogatorias en órganos militares, debería ser irrelevante que la ilicitud de la orden sea manifiesta. El inferior debería responder siempre que él reconociera la ilicitud, como decía la antigua excepción de 1894-1895, luego derogada.

Sin embargo, el art. 514 del CJM, debe ser visto no tanto como un fortalecimiento del deber de obediencia mismo, sino como una garantía para el inferior de no tener que negarse a cumplir las órdenes cada vez que advierta su probable antijuridicidad. Esta garantía consiste —como he dicho al comienzo— en que si la orden no es para el inferior manifiestamente ilícita, él tenga la facultad de cumplir el mandato, en la medida en que no se halle en juego la lesión a un bien jurídico de mayor valor que el valor correspondiente del deber de obediencia. Son aquí las reglas comunes del estado de necesidad, por colisión de deberes las que, respecto del inferior, pueden generar, razonablemente —y lo harían aunque no existiera el art. 514 en el Código de Justicia Militar—, el derecho de no asumir irrazonablemente riesgos propios en el ejercicio de funciones públicas²⁷.

²⁶ Ver el consid. 44 del voto de Bacqué.

²⁷ Considero preferible presentar la cuestión así, y no a la inversa, como si fuera una necesidad del Estado que el subordinado obedezca todo

Si, en lugar de admitir el ejercicio de una facultad (de una justificación) del inferior en estos casos, se quiere ver en esto –para salvar el principio de que el orden jurídico no puede permitir su propia infracción–, sólo una especie de exculpación privilegiada (a la manera de un estado de necesidad –sólo– disculpante), la discusión será nada más que “de palabras”, y la consecuencia real, para el caso, exactamente la misma²⁸.

En cambio, cuando al inferior le es abiertamente evidente que la colisión de deberes se resuelve en contra del deber de obediencia, sea por el carácter manifiesto de la ilicitud de la orden, sea por la gravedad del hecho ordenado, está obligado a desobedecer.

c) La ley 23.049

A poco de asumir el actual gobierno constitucional, el Poder Ejecutivo remitió al Parlamento un proyecto –luego sancionado como ley 23.049– que había sido anunciado por el propio Presidente, a los legisladores, en su discurso del 10 de diciembre²⁹.

El proyecto pretendía imponer –por una vía que pareciera legítima– la confusa teoría de Alfonsín de que había tres grados distintos de responsabilidad, cuyo contenido –más allá del desacierto teórico de la propuesta, que era un disparate– nunca pudo ser comprendido por nadie, porque sólo ahora, después de la ley 23.521, se pudo entender que uno de aquellos difusos “tres niveles” (el de quienes se habían “excedido”), no tenía, para el gobierno, ningún integrante.

De allí que el proyecto de la ley 23.049 dijera, originariamente: “se presumirá, salvo prueba en contrario, que se obró

lo que no sea manifiestamente ilícito o de gravedad. Quiero decir que no hay necesidad alguna de que la obediencia, en esos casos, sea obligatorio; es razonable, en cambio, que sea facultativa.

²⁸ Como justificación, sin embargo, y como deber (no simple facultad), *cf.* Jeschke, *Tratado*, vol. 1, § 35, II, §, p. 540 y siguientes.

²⁹ “Y se pondrá en manos de la justicia la importante tarea de evitar la impunidad de los culpables. La justicia, asimismo, tendrá las herramientas necesarias para evitar que sean considerados del mismo modo quienes decidieron la forma adoptada en la lucha contra la subversión, quienes obedecieron órdenes y quienes se excedieron en su cumplimiento” (Alfonsín, Mensaje a la Asamblea legislativa, 10/12/83, en *HCSenNación*, DS, 1983, p. 77 y ss., especialmente p. 83).

con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida".

Durante el debate parlamentario, este párrafo sufrió dos importantes modificaciones. Por un lado, se cambió la expresión inicial "se presumirá", por "podrá presumirse". Por otro lado, se declaró que esa presunción no podía operar ante "la comisión de hechos atroces y aberrantes"⁴⁰.

En verdad, la iniciativa era contraria a la Constitución, porque –al igual que luego se hizo por medio de la ley 23.521, pero de modo más palmario y terminante– pretendía condicionar la interpretación judicial de ciertos hechos que la ley ubicaba exclusiva y explícitamente en el pasado. Quiere decir que el Congreso no estaba ejerciendo una función legislativa –ni siquiera por entonces–, sino una función propia y exclusiva de los jueces: fijar los hechos de una causa, y asignarles una determinada interpretación jurídica.

Era por esto que el texto –sobre todo en el sentido intencional originario del proyecto–, era inconstitucional, y no por las razones que invocó el Procurador General Gaona, cuando, al emitir su obediente dictamen de mayo pasado, sostuvo que la ley 23.049 era contraria al art. 18 de la Constitución, por haber excluido retroactivamente, del ámbito de la excusa de la obediencia, a la comisión de hechos atroces. Esa limitación no sólo no era retroactiva, sino que venía siendo activa desde el derecho romano, aunque bien era verdad que el Congreso no era órgano competente alguno para recordárselo a los jueces.

Al lograr la oposición, en el debate parlamentario, flexibilizar el sentido de la presunción original del proyecto, y declarar que no podía funcionar la excusa respecto de hechos atroces, las cosas quedaron, en realidad, en el mismo estado en que se hallaban antes de la ley misma. Y aunque ella no significó nada desde el punto de vista estrictamente normativo, lo cierto es que, desde el punto de vista práctico (político), logró neutralizar una de las más tempranas estrategias de amnistía del gobierno argentino⁴¹.

⁴⁰ Para un análisis político de la sanción de esta ley, cfr. Verbitsky, Horacio, *Centros y militorios*, Bs. As., Contrapunto, 1987, cap. 5, p. 69 y ss., y anexos 1-5, p. 384 y siguientes.

⁴¹ Ver la nota 12 y el texto al que ella corresponde.

4. ¿EXCEPCIONES EN EL "DERECHO DE LA GUERRA"?

Hasta aquí he hablado de la exigencia de la obediencia, sin considerar ninguna norma de derecho internacional referida a situaciones de guerra, porque, en mi opinión, constituye un punto de partida fraudulento presentar la cuestión de las violaciones a los derechos fundamentales cometidas en la Argentina, como si hubieran sido derivadas de acciones bélicas.

A mi juicio, no hay nada más inexacto que referirse a los dolorosos hechos del pasado, bajo la expresión "guerra sucia" o "lucha antisubversiva", utilizada inclusive por el oficialismo, para que la sociedad viera con ojos indulgentes las progresivas claudicaciones morales del gobierno, cuyo "punto final", por el momento, es la ley de obediencia debida y su posterior convalidación por el superior tribunal de justicia del Estado⁴².

No hay derecho alguno a invocar supuestas necesidades de la guerra, para disculpar el secuestro de una persona de su hogar, o de su lugar de trabajo, ni hay tampoco ningún derecho a extender el agravio de "subversivo" sobre la memoria de todo ciudadano muerto clandestinamente.

Para quienes, sin embargo, piensen de otro modo, y crean que los crímenes quedan atenuados, moral y jurídicamente, por un (meramente alegado) estado excepcional, o de guerra, he de recordar que el gobierno militar se cuidó de invocar, por aquel entonces, en el ámbito internacional, una situación interna de conflicto bélico, en el conocimiento de que ello le habría obligado a reconocer, en su supuesto enemigo, a un insurgente, con todos los derechos y deberes que impone, precisamente, esa condición.

Por lo demás, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que son: el Convenio n° 1, Para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio n° 2, Para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio n° 3, Sobre el trato a los prisioneros de guerra; y el Convenio n° 4, Sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, contienen, todos ellos, un precepto común, el art. 3°, para los conflictos sin carácter internacional, el cual, con

⁴² La propia "teoría de los dos demonios", utilizada por Alfonsín desde su campaña proselitista, es portadora de este punto de partida mendaz e hipócrita.

claridad evidente, priva de todo efecto jurídico a la excusa de las "tremendas" necesidades de la guerra.

Dice el texto: "Conflictos sin carácter internacional. En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1º) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2º) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes..."

Se ve entonces que no es posible derivar de la situación de guerra, un supuesto derecho irrestricto para matar o torturar a un semejante. Al respecto, la cuestión es demasiado clara como para someterla a discusión.

5. LA LEY 23.521: "DETERMINACIÓN DE LOS ALCANCES DEL DEBER DE OBEDIENCIA"

a) La infracción al derecho internacional

Llega el punto de analizar ahora la sanción de la ley 23.521, convalidada por una reciente sentencia de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, mediante fallo que significa, desde varios puntos de vista, la defunción del Estado de derecho.

Y, dado que mi exposición acerca de la situación jurídica anterior a la ley 23.521 ha concluido con una referencia a reglas del derecho internacional, nada más oportuno que iniciar la crítica mediante la confrontación de esta ley con recientes compromisos suscriptos por la Nación durante este mismo gobierno.

Me refiero especialmente a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1984, y firmada por la República el mismo día en que la Convención fue abierta a la firma, ratificación o adhesión de los Estados (4/1/85).

Poco tiempo después, el 30 de julio de 1986, fue sancionada la ley 23.338, por la cual el Congreso Nacional aprobó el Tratado; y el 2 de setiembre de 1986 fue firmado el instrumento argentino de ratificación, por el canciller Caputo.

Pero, con la sanción de la ley 23.521, el Parlamento se volvió contra sus propios actos, y la Argentina se constituyó así en el primer Estado Parte que infringió los principios de la Convención⁴¹.

De otro modo piensa, al parecer, Andrés D'Alessio, ac-

⁴¹ Digo los principios, y no la Convención misma, porque el art. 27 de esta difería la plena entrada en vigencia del Tratado, a que transcurrieran treinta días después de la vigésima ratificación. Y la 20ª ratificación de un Estado Parte se produjo el 26/3/87. Esto significa que, al tiempo de ser sancionada y promulgada la ley 23.521 (8 y 8/6/87), el Tratado no se hallaba plenamente vigente, aunque ya se había producido la vigésima ratificación. El fallo de la Corte fue dictado el 22/6/87, cuatro días antes de la entrada en vigor de la Convención. Esto no significa, sin embargo, que la Convención no surtiera ya ciertos efectos en el derecho internacional, aun antes de aquel término. En efecto, el Tratado de los Tratados (Convención de Viena, 1969), establece en su art. 18: "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustraren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el Tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el Tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el Tratado; b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el Tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente". Por consiguiente, desde el punto de vista del Tratado de los Tratados, la Convención contra la tortura ya se hallaba vigente al tiempo de la sanción de la ley 23.521, ley que infringió así, también, el derecho internacional, aun cuando, a otros efectos, la Convención contra la tortura no se hallara plenamente vigente.

tual presidente de la Cámara Federal de Buenos Aires —único magistrado de ese tribunal que se pronunció explícitamente en favor de la validez constitucional de la ley—⁴⁴, quien sostuvo que invocar este Tratado “no pasa de ser un argumento retórico” (sic), en primer lugar, porque la Convención no determina, en su criterio, “las condiciones a que los signatarios puedan o no subordinar la imposición de pena por tales crímenes”, y, en segundo término, porque “fue suscripta con posterioridad a los hechos”⁴⁵.

⁴⁴ Sentencia del 23/6/87. En esta sentencia, los jueces Gil Lavedra, Valerga Arión, Arslamán, Peres y Cattara, se inclinaron “por el acatamiento liso y llano a lo resuelto por el Tribunal Superior ... Estas circunstancias tornan aconsejable no sumar nuevos argumentos sobre el punto, cuando ya se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la autoridad institucional que le otorga ser el órgano supremo de todos los tribunales de la República e intérprete final de la Constitución Nacional”. Con este lenguaje autoritario —desde el ángulo de un buen subordinado— la mayoría del tribunal aludió a expresar su verdadera opinión sobre la validez de la ley 23.531. No hace falta decir que los jueces faltaron así a su deber. Para cada juez, no hay otra sentencia definitiva que la propia, hasta tanto ésta no sea luego revocada; él no puede dejar de juzgar según su criterio, por la circunstancia de que supone que, luego, otro juez deberá fallar con otro criterio —lo cual es siempre conjetural— supone que los tribunales de alzada permanecerán pétreos—. Por tanto, D'Alessio tuvo toda la razón al afirmar: “una corrección funcional y personal me lleva a dar a conocer mi pensamiento acerca de las cuestiones sometidas a nuestra decisión”. En esto, D'Alessio aventajó en mucho a sus colegas que, aunque hayan querido eludir su función, lo cierto es que aplicaron la ley exactamente igual que D'Alessio, como bien dijo éste al final de su voto. Una cosa distinta es que el contenido del voto de D'Alessio haya sido verdaderamente terrible (como explico en el texto).

Y no le cupo mejor actitud al fiscal de la Cámara Federal: Julio Strassera, quien dijo sentirse obligado por la instrucción (ilegítima) del secretario de Justicia, Ideler Tonelli, transmitida primero verbalmente por el subsecretario Enrique Paisón. Ya en el terreno de la lógica, era un absurdo que Strassera invocara el deber de obediencia, para dejar de plantear la inconstitucionalidad manifiesta de la ley que fortalecía el deber de obediencia, con un fin de vicios normativos. Si Strassera hubiera creído en la obligatoriedad de un mandato antiquídico (como el de Tonelli, entonces no habría necesitado el mandato mismo para defender el deber de obediencia en general (que en su acusación ante la Cámara había negado); aun en el ámbito del derecho militar!). Naturalmente, no fue mejor la actitud del fiscal adjunto, Moreno Ocampo al declarar que la ley era infame, pero no inconstitucional, y preparar un dictamen en favor de la solidez de la ley, mientras Strassera preparaba uno que sostiene la doctrina correcta. Pero no era razonable esperar un comportamiento más arrojado. La desolución que ha generado todo esto en los juristas independientes y en la juventud, es total. Hay que buscar “con lupa” algún referente que levante las banderas de von Binding.

⁴⁵ Voto de D'Alessio, consid. III, punto 7.

Contra esto, tengo algunas palabras que decir.

Ante todo, no se entiende cómo se puede sostener que el Tratado no determine las condiciones a que los signatarios puedan subordinar la imposición de una pena, si la Convención, precisamente, dice que cada Estado Parte asume la obligación de que todo acto de tortura constituya delito (art. 4º, inc. 1º), que también lo sea todo acto de complicidad o participación en ella (art. 4º, inc. 1º), que tales delitos deben ser castigados con penas adecuadas a su gravedad (art. 4º, inc. 2º), que la proscripción de la tortura no puede ser alterada por situaciones de excepción, ni connotación interior alguna (art. 2º, inc. 2º), y, especialmente, que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior como justificación de la tortura" (art. 3º, inc. 3º).

No sé que otra condición necesitaba D'Alessio que se hallara determinada en la Convención para que no considerase que el invocarla no pasaba de ser un "argumento retórico".

En orden a que la Convención fue suscripta con posterioridad a los hechos materia de juzgamiento, es preciso disipar cierta confusión⁴⁰.

Por cierto, la obligación de los Estados de castigar la tortura no puede alcanzar a transformar en punible un acto de tortura ya cometido, si el hecho no hubiera constituido delito al momento de su comisión, según el derecho interno del país respectivo.

Pero, en cambio, la obligación del Tratado de convertir en delito a la tortura, si implica también, lógicamente, la prohibición de desincriminar la tortura ya cometida en las circunstancias prohibidas por el Tratado, si el hecho ya constituía delito conforme al derecho interno del propio Estado⁴¹.

Empero, por encima de estos argumentos, hay que destacar que la Convención contra la tortura recoge principios

⁴⁰ Acoto aquí que el problema de vigencia temporal al que se refiere D'Alessio no es el que explico en la nota 43. El magistrado no niega que la Convención se hallara "en general" vigente, al tiempo de la sanción de la ley. Supone que no era aplicable a hechos anteriores a la Convención misma.

⁴¹ Esto es así porque la Convención reconoce una cierta situación jurídica preexistente en el derecho internacional (de gentes), y establece obligaciones, en consecuencia, para los Estados, no para los particulares torturadores. Por ende, la obligación estatal de castigar (implica la prohibición de desincriminar lo ya castigable).

elementales del derecho natural y de gentes –fuente principal del derecho internacional– y que se hallan firmemente asentadas en nuestra tradición jurídica romanista. D'Alesio utiliza el adjetivo "retórico" para calificar despectivamente un discurso argumental que responde a la tradición milenaria de Occidente, a todo un patrimonio cultural, al que se opone la solución de la ley cuya validez este magistrado ha querido defender.

b) La inconstitucionalidad de la ley.

El fallo de la Corte Suprema. El voto de Baqué

1) La división de poderes

Toca el turno de explicar por qué razón la ley 23.521, además de contrariar el derecho internacional, lesiona la Constitución argentina.

Como es sabido, la ley dispuso, en su art. 1º, lo siguiente: "Se presume sin admitir prueba en contrario que...[ciertas personas] no son punibles... por haber obrado en virtud de obediencia debida.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en concepto de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ella en cuanto a su oportunidad y legitimidad".

Esta "presunción absoluta" significó imponerle a los jueces una única y determinada manera de establecer la situación de hecho de los delitos que se hallaban bajo su conocimiento, y una única y determinada manera, también, de interpretar la ley aplicable. Ello significó –más allá de la gravedad valorativa que tiene el contenido de la ley– una violación manifiesta al principio de la división de poderes, que constituye, como ha dicho la Corte desde el tomo I de su colección de fallos, un "principio fundamental de nuestro sistema político", según el cual las atribuciones de cada poder "le son peculiares y exclusivas: pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno"⁴⁸.

⁴⁸ CSJN, Fallos, I:32, conforme al punto de vista que defiende en el texto, Núñez, Ricardo C., "¿Son ilimitadas las facultades del Congreso?, en "Doctrina Penal", año 10, nº 38, 1987, p. 397 y siguientes.

Por cierto, carecería de sentido la proscripción de que los otros poderes del Estado ejerzan funciones judiciales, si no existiera algún concepto material de aquello en lo que consiste la función de un juez, más allá del solo hecho (formal) de que se lo llame "sentencia" o "ley" a aquello que resulta decidir el caso.

Esto requiere definir tal contenido material de la función judicial. Ese contenido puede ser definido sencillamente de este modo: A los jueces les está reservado de manera excluyente fijar los hechos y declarar el derecho aplicable. Ello significa: a) la determinación conclusiva de los hechos que motivan una controversia; b) la calificación jurídica de estos hechos; c) el decidir acerca de la validez de las leyes.

Este es el punto de partida, *mutatis mutandis*, que informa la disidencia del ministro Jorge A. Bacqué, del reciente fallo del 22 de junio¹⁰ punto de partida que no ha sido contestado por ninguno de los votos que formaron la mayoría del fallo (dada esa mayoría, como luego se verá).

En cambio, el juez D'Alessio, en su ya citado voto de la sentencia de la Cámara Federal, del día siguiente (23/6/87), sí intentó alguna réplica.

El juez argumentó sobre la base de que el Congreso tiene facultades para establecer presunciones *iuris et de iure*. En verdad, esto se hallaba dicho también en el voto de Caba-

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema, del 22/6/87, en la ya citada causa C. 347, L. XXI, "Causa incoada en virtud del decr. 180/84 del Poder Ejecutivo Nacional". La cuestión relativa a la inconstitucionalidad de la ley se halla tratada en los consid. 4-12. En los consid. 13-14, 40 y 41 el juez Bacqué analiza la invalidez que afectaría a la ley si fuera una "ley de amnistía". Es extraño que el juez Petracchi, que siguió a Bacqué en todo aquello que restaría algo de libertad y presunción democrática para su propio voto —para concluir—, como explicaré luego, en que la ley valía igualmente como amnistía, haya intentado contestar (insuficientemente) los consid. 13 y 14 de Bacqué, pero mantenido al mismo tiempo, en su fundamentación, los consid. 40 y 41 del voto de Bacqué (que Petracchi hizo propios como 13 y 14 de su voto); pues ellos eran incompatibles con la solución de la amnistía. De esos considerandos, Petracchi sólo omitió el antepenúltimo párrafo del consid. 41 del voto de Bacqué, que decía: "En conclusión, existe toda una noble tradición argentina que niega ingreso al campo de la impunidad a quienes sean responsables de atrocidades, y —cabe observarlo— la mayor manifestación de tal linaje de ideas y sentimientos se halla en el art. 18 de la Constitución, cuando decreta que 'quedan abolidas para siempre... toda especie de tormentos y los azotes'". Pero no bastaba con omitir la conclusión y dejar intactas las premisas para que fueran compatibles las primeras palabras de Bacqué, con la solución final de Petracchi. Al respecto, véase lo que digo más adelante, en el texto: punto 5, c. 2.

liero y Belluscio del fallo de la Corte; pero, con el ánimo de ser original, D'Alessio puso como ejemplo la facultad del Parlamento de fijar la edad que determina "la minoridad, como presunción absoluta de la incapacidad para comprender la criminalidad del acto..."²⁸.

Es interesante controvertir en particular este ejemplo de la no responsabilidad penal de los menores, porque —según se dice— proviene del subsecretario de Justicia, Enrique Paixão. Y, dada la privilegiada cabeza que tiene Paixão —probablemente, uno de los pocos funcionarios lúcidos del oficialismo, en el ámbito jurídico— si a él se le ha ocurrido dar un ejemplo tan inmejorable, para asistir a los jueces obedientes²⁹, es seguro que no quedaba nada bueno para decir.

Sucede que no es que la impunidad del menor signifique una "presunción absoluta" de que la ley "lo considera inimputable, aunque, en verdad, sea imputable". Ha dicho bien Bacqué que las denominadas "presunciones absolutas" son elipsis verbales para establecer una propia regla de "derecho", y no sobre "hechos"³⁰. En el caso de la responsabilidad del menor, la ley se desentiende de la real capacidad de él de comportarse conforme a derecho, y lo declara directamente no sujeto de la reacción penal que rige para quienes —según el límite de la ley— sean mayores.

Pero, así entendida, esa "presunción absoluta" no puede regir a casos que se hallan sólo en el pasado. Supóngase el siguiente caso: García, de diecisiete años, comete un hurto en vigencia de un régimen de minoridad que declara punibles a los menores a partir de los dieciséis años (al momento del hecho, entonces, García es punible). Durante el proceso, se modifica la ley y se eleva la edad mínima a los dieciocho años. Naturalmente, el Congreso tiene facultades para elevar o disminuir la edad límite, y, en esta hipótesis, Gar-

²⁸ Consid. III, punto 10. El ejemplo viene acompañado de otros que no son mejores.

²⁹ "Obediente" significa, en el contexto de este artículo, defensor del deber de obediencia, o de la validez de la ley 23.521, de "Determinación de los alcances del deber de obediencia". Para los jueces de la Cámara Federal, el adjetivo es adecuado sólo en el segundo sentido, porque, antes de la ley 23.521, el tribunal sostuvo una doctrina que, si bien puede ser discutida en cuestiones de detalle, se enmarca, desde el punto de vista de las conclusiones prácticas, en el ámbito en el que existe un extendido consenso dogmático penal (me refiero especialmente a la sentencia dictada en la denominada causa "Camps" —ver nota 20—).

³⁰ Voto de Bacqué, consid. 10.

cia quedará impune en virtud de la ley más benigna (art. 2º, CP). En cambio, no sería legítimo elevar la edad mínima de la responsabilidad, sólo para un grupo determinado de casos —p.ej., sólo para García—, mientras para los demás autores siguiera rigiendo el límite de los dieciséis años. Y, precisamente, cuando se “legisla” sólo para el pasado se alcanza, por definición, exclusivamente a un grupo determinado de autores. El ámbito natural (futuro) de las normas, asegura, en cambio, su generalidad.

Si volvemos, entonces, a la obediencia debida, mientras el sistema normativo-general sigue considerando relevante para invocar la obediencia que el inferior reciba, de verdad, una “orden”, que ella sea “de servicio”, que el obediente no tenga “capacidad decisoria”, que haya obrado “sin excederse”, etc., la ley 23.521 no podía dar por probadas cada una de las circunstancias de hecho que el sistema normativo-general considera todavía relevantes, e imponerle a los jueces una cierta interpretación jurídica de esos hechos presupuestos por el Parlamento.

Pregunto: si esta ley no implica el ejercicio de funciones judiciales por parte del Congreso, ¿cuál sería entonces el ejemplo de una típica función judicial que sólo pudiera realizar un juez?

Insisto: la determinación de los hechos y la declaración del derecho definen la función judicial.

Crear que esto puede ser burlado por vía de una “presunción absoluta” de aplicación sólo retroactiva vale tanto como decir que el Congreso tiene facultades para decir también; “se presume, sin admitir prueba en contrario, que una determinada ley es constitucional” (aunque no lo sea)²².

¿Creer Faixão o D’Alessio que también ésta es una facultad propia del Congreso?

²² En realidad, este vicio constitucional se halla también en la ley 23.048, que derogó el decreto ley de autoamnistía (registrado como ley 22.924). En efecto, la ley 23.048 dijo en su art. 1º: “Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924”. Pero no es el Congreso el órgano competente para declarar nulidades. Sólo porque el contenido de esa ley (23.048) era correcto, su inconstitucionalidad (la de la ley 23.040) era abstracta, porque los jueces eran los que debían efectuar tal declaración. Al respecto, cfr. Sancinetti, *Análisis crítico del juicio a los ex comandantes*, en “Doctrina Penal”, año 18, n° 37, 1987, § 2, I, p. 82.

2) Una sentencia arbitraria

Hemos llegado pues a la conclusión de que la ley 23.521, por su contenido, constituye no una ley, sino una sentencia judicial dictada por el Congreso.

Pero, además de la infracción a la división de poderes, esta sentencia tiene una peculiaridad. Se trata de jueces (los legisladores) que han podido fallar elípticamente cientos de hechos sin conocer el expediente, sin haber tenido a la vista ninguna de las actuaciones.

Es extraño, por cierto, que el Congreso, además de poder arrogarse funciones judiciales, pueda hacerlo sin los recaudos que debe observar un juez para decidir una controversia de tal modo de no violar el principio constitucional del debido proceso: estudiar el caso, oír las alegaciones de las partes y juzgar según constancias concretas, debidamente evaluadas. A ningún juez se le admitiría que dictara una sentencia "a ojos cerrados".

A propósito, señalo que el mismo día en que el proyecto de ley entraba a Diputados, el cabo Cozzani, uno de quienes habían recurrido ante la Corte Suprema la condena impuesta por la Cámara Federal, presentó ante la Corte un desistimiento parcial de su recurso, en el que dijo, entre otras cosas, textualmente: "Sabe V.E. mejor que nadie, que ningún argentino bien nacido puede necesitar una orden para defender a su patria, la vida o bienes de sus semejantes".

Cuando el diputado Manzano, del principal partido de la oposición, narró el episodio en el recinto, su colega del oficialismo, Pugliese, después de verificar la autenticidad de la noticia, expresó lo siguiente: "Pero esto no tiene nada que ver con el proyecto en discusión, porque este último se refiere a procesados y el señor Cozzani es un condenado, cuya sentencia ha quedado firme y, en consecuencia, deberá cumplir la pena de cuatro años de prisión por los delitos en que la Cámara Federal lo ha encontrado incurso"²⁴.

En realidad, la interpretación de Pugliese era absolutamente correcta, según los términos de la ley. Fiel ésta a su carácter de sentencia del Parlamento, la ley 23.521 no alcanzaba a los casos ya juzgados, porque si bien infringía la división de poderes, al menos respetaba los efectos de la cosa juzgada.

²⁴ NCDipNación, DS, 15 y 16/5/87, p. 666.

La mayoría de la Corte Suprema se confundió tanto posteriormente con la aplicación de esta ley, que al fin de cuentas también la aplicó (equivocadamente) en la denominada causa "Campa", y absolvió a Cozzani, quien había privado a la Corte de jurisdicción, al desistir de su recurso.

Sólo Bacqué advirtió que la ley se declaraba (coherentemente consigo misma) inaplicable para esa causa²¹. Por cierto, éste fue un error de la mayoría del tribunal, y no del diputado Pugliese, quien como dije, había interpretado auténticamente bien la voluntad oficial (el sentido de la ley era el de dictar una sentencia, en las causas en las que no hubiera aún una sentencia verdadera).

Pero, dejando ahora de lado que la Corte terminó siendo "más papista que el Papa" (quiero decir: más obediente que los propios legisladores), extendiendo el ámbito de la ley inclusive a casos en los que ya no tenía jurisdicción, lo cierto es que, así como Cozzani, puede haber habido numerosos autores que hayan actuado —como diría el tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann— "de corazón y gustosamente", y no por obediencia a orden alguna. Los legisladores, sin embargo, no llegaron a estudiar en absoluto el caso particular de cada procesado.

En pocas palabras: con esta ley, el Congreso efectuó una afirmación de hecho sobre ciertos sucesos que no sólo no conoció, sino que resolvió, para decirlo en términos procesales, contra-evidencia, arbitrariamente.

Por ello, además de ser contraria a la división de poderes, es arbitraria, mirada como sentencia misma²².

3) La inconstitucionalidad por el contenido de la interpretación

Pero el análisis de la inconstitucionalidad de la ley sería incompleto si no dijéramos, también, que la solución de fondo misma es contraria a la Ley Fundamental.

²¹ Ver su voto, consid. 4.

²² Este argumento se halla en ciernes también —si es que lo interpreto adecuadamente— en el consid. 10 del voto de Bacqué, especialmente si decir: "Esta cualidad de la ley se agrava, pues las 'presunciones' que ella establece no son elipsis verbales para establecer reglas de derecho (interpretativas), sino meros juicios de hecho, que sustituyen al criterio autónomo del juzgador sobre las circunstancias discutidas en el proceso por la apreciación arbitraria del legislador" (la bastardilla me corresponde).

En efecto, la ley 23.521 establece una interpretación inconstitucional del deber de obediencia que dice "delimitar", al admitir –tras presuponer la existencia fáctica de una orden del servicio, la incapacidad decisoria, la ausencia de excesos, etc.– que un inferior pueda estar jurídicamente obligado a seguir la orden de torturar o matar por causas políticas.

Aquí, ya la interpretación misma es inconstitucional, aun cuando la ley hubiera constituido una ley verdadera. Es decir, aunque la ley no se hubiera autolimitado a juzgar casos del pasado y hubiera establecido una auténtica regla de derecho –p.ej., es impute todo miembro de las fuerzas armadas que obedezca la orden de un superior, aunque se trate de torturar o matar a personas indefensas–, resulta que, en ese caso, si bien no habría infringido el principio de la división de poderes, habría sido igualmente inconstitucional, porque el Congreso –como he dicho– carece de facultades para permitir que se genere, respecto de ningún órgano estatal, el deber de obedecer una orden con ese contenido.

Sólo por esto, porque sería inconstitucional también una ley que así lo declarara, sería ineficaz, afortunadamente, el argumento que podrían formular futuros torturadores obedientes de ser tratados conforme al principio de igualdad del mismo modo que lo decide la ley 23.521, dado que no habría razón para negarles un trato igualitario, mientras no se estableciera un sistema normativo-general distinto del vigente. Sólo porque esta interpretación auténtica de la ley 23.521, es inconstitucional, ya como interpretación misma, es que ese argumento sería ineficaz.

La ley 23.521 era, en síntesis, contraria a la Constitución argentina, por un triple orden de razones: a) porque constituyó una usurpación de funciones judiciales (una sentencia dictada por el Congreso); b) porque, como sentencia, fue arbitraria; c) porque conduce a un alcance del deber de obediencia que no habría podido consagrar el Congreso, ni siquiera mediante una verdadera regla de derecho, referida al futuro.

c) La fundamentación de los otros votos del fallo de la Corte

1) ¿Fundamentación mayoritaria?

Muy difícil es explicar cómo se formó la mayoría del fallo de la Corte en la sentencia del 22 de junio. Y es muy difi-

cil, porque, según una jurisprudencia del propio tribunal, sus sentencias tienen que lograr una mayoría no sólo en la parte dispositiva, sino también en la fundamentación misma³⁷.

Pues bien, si se exceptúa el voto de Bacqué, los cuatro restantes coincidieron en la decisión final relativa a la validez constitucional de la ley, pero es imposible lograr una armonía entre, al menos, tres de los cuatro votos.

Los jueces del tribunal, Caballero y Belluscio —que suscribieron un mismo voto—, dijeron que la ley “establece la presunción *ius et de iure* de no punibilidad...”³⁸; que “la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes”. “Esto es especialmente así—agregaron enseguida— cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de lograr la coordinación necesaria entre los distintos intereses, de modo que prevalezca el de la comunidad toda”³⁹. Sostuvieron también que al Congreso “le está atribuido declarar la criminalidad de los actos, desinriminar otros e imponer o suprimir penas... como consecuencia de la facultad que le otorga la Ley Fundamental de dictar, entre otros, el Código Penal...”⁴⁰. Y, por último, que integraba esa facultad el “dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluya la punición o impida la imputación delictiva”⁴¹.

Esto es todo lo importante en lo que concierne a la validez constitucional de la ley. No hace falta agregar nada a lo ya dicho. Este voto no se hace cargo de ninguno de los terminantes argumentos que nutrían el inestimable voto de Bacqué.

Petracchi y Fayt, en cambio, votaron separadamente.

Un interesante comentario escatológico que circuló por los pasillos de tribunales bajo el título: *La obediencia debida*

³⁷ Personalmente, no coincido con ese criterio. Los tribunales colegiados deben llegar a un acuerdo sobre la solución concreta del caso. No necesariamente por los mismos fundamentos. Acerca de esto, sin embargo existen numerosas cuestiones de detalle a discutir.

³⁸ Consid. 6.

³⁹ Consid. 11.

⁴⁰ Consid. 12.

⁴¹ Consid. 13. En este mismo considerando se califica dogmáticamente a esta causal de imputación, como “excusa absolutoria”. Contra esto, cfr. Núñez, “Son ilimitadas las facultades del Congreso”, en “Doctrina Penal”, año 19, n.º 38, 1987, p. 394 y ss., nota 2.

y la salvación de las almas, firmado por un tal Milton Alighieri (un seudónimo, con toda seguridad), dijo que estos jueces "intentaron una transacción imposible entre la luz y las tinieblas".

La descripción es acertada, a mi juicio, sólo respecto de Petracchi, cuyo voto tiene varios destellos de luz, en todo lo que sigue literalmente al voto de Bacqué²², para concluir en la tiniebla propia de convertir a la ley —a fin de salvar su validez—, en una ley de amnistía²³. No había ningún derecho a utilizar "la bella prosa empleada por Bacqué"²⁴, para terminar diciendo que la ley valía igualmente como amnistía. Además, era técnicamente contradictorio hacer las dos cosas a la vez. Si la ley hubiera sido realmente una ley de amnistía, no habría hecho falta, en absoluto, analizar la interpretación correcta del art. 514 del CJFM, como lo hizo Petracchi —para parecer un demócrata—, porque una amnistía quita al juez la jurisdicción sobre la ilicitud del hecho amnistiado: si el imputado ya estaba condenado, extingue la pena; si no lo estaba, extingue la acción; pero no admite juicios acerca de las ilicitudes eventuales de las conductas alcanzadas por la amnistía.

Enseguida explicaré por qué razones era conceptualmente equivocada, además, la interpretación de que esto pudiera constituir una amnistía, considerada en sí misma. Por el momento, es preciso ver cómo votó el restante ministro.

El voto de Fayt fue, en realidad, a despecho de lo que opine Alighieri, una transacción entre dos posiciones igualmente tenebrosas: el voto de Caballero y Belluscio, por un lado, y la parte propia del voto de Petracchi, por el otro.

²² Los consid. 4 a 23 del voto de Petracchi siguen, casi a la letra, los consid. 21 a 50 del voto de Bacqué. El consid. 24 es propio (tres párrafos que explican el texto de la ley). Los consid. 25 a 33 siguen de nuevo —con ligeros cambios de redacción o de orden de los mismos párrafos en contextos análogos— a los consid. 3 a 13 del voto de Bacqué.

²³ Cfr. los consid. 34 a 39 del voto de Petracchi, cuyos argumentos convierten Bacqué en los consid. 13 y 14 (también contienen argumentos contrarios a la validez de la amnistía de los hechos atroces los consid. 40 y 41 del voto de Bacqué que, raramente, Petracchi ha incluido también en su propio voto como consid. 13 y 14; y si bien ha suprimido algún párrafo decisivo, tales considerandos saben igualmente a poco compatibles con la solución de Petracchi de la validez de la ley 22.521, reconvertida en amnistía —al respecto, véase a la nota 48—).

²⁴ Como la denominó el periodista Horacio Verbitsky, en *El Periodista*, del 26/6/87 al 2/7/87, p. 4.

Fayt dijo, en efecto, que el Congreso tenía facultades para dictar esta ley, fuera porque ejercía con ello funciones auténticamente legislativas, fuese porque, si no, dictaba una amnistía, pero, en cualquier caso, tendría facultades suficientes⁴⁵.

Ocurría, sin embargo, que la Corte debía llegar, según su doctrina, a una mayoría en los fundamentos. Y, dado que el voto de Caballero y Belluscio era lógicamente incompatible con el de Petracchi, Fayt no podía dividir el suyo en dos mitades, sin decidir la controversia interna surgida en el seno de la mayoría, porque ello implicaba dictar un fallo con una fundamentación mayoritaria del 50 %, quiero decir: de dos votos y medio.

Pero, a esta altura de las circunstancias no se podía pretender "sutilezas formales". Bastó con una mayoría relativa, que no pasaba de la mitad (si es que llegaba a ella), a pesar de la auténtica nulidad formal que quedó anidada así en uno de los fallos más criticables desde el punto de vista material que pueda registrar la historia de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, historia que, de por sí —vale la pena reconocerlo—, no carece de abundantes recuerdos tristes.

2) La tesis de la amnistía

Con relación a la tesis de Petracchi, en particular, es preciso distinguir dos cuestiones: la de por qué la ley no constituía una amnistía, y la de por qué estos hechos no son legítimamente amnistiables.

a) Amnistía y declaración de inocencia. Ciertamente, para el jurista poco avezado, la ley tiene algo que la acerca a

⁴⁵ Cfr. el consid. 3: "Que las facultades del Congreso Nacional tienen la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley persigue en el caso. La cuestión de determinar si es ésta una modificación legislativa o una amnistía parece aquí estéril si se atiende a que en ambas hipótesis estuvo en los poderes del Congreso el dictarla". En el mismo considerando, Fayt señaló que la ley tendía a "asegurar la supervivencia misma del Estado", aunque este argumento proveniente del "pragmatismo" no fue acompañado del menor prurito de fundamentación. En este aspecto, la justificación del oficialismo consistió, más o menos —sin decirlo demasiado explícitamente—, en que: a) la "razón de Estado" constituye una causa supraconstitucional de justificación para infringir las competencias constitucionales; b) la invocación de la "razón de Estado" no es revisable judicialmente; en conclusión: c) cuando el gobierno invoque la "razón de Estado" para infringir la Constitución, la infracción a la Constitución pasa a ser no judicializable. Un encuentro de razonamiento.

una ley de amnistía, precisamente por pretender regular sólo hechos del pasado. En esto, Petracchi vio bien que, o decía que era una amnistía —la cual, por definición, siempre se refiere únicamente a hechos del pasado—, o la ley era inválida, aunque Caballero, Belluscio y la mitad de Fayt, dijeran lo contrario.

Pero no basta con que un texto se refiera a hechos del pasado, y determine su no posibilidad, para que se trate de una ley de amnistía. La amnistía es una causa de extinción de la acción penal o de la pena; esto significa que, si bien no supone conceptualmente, de modo necesario, el carácter criminal del hecho amnistiado, sí supone siempre, necesariamente, que el hecho pudo haber constituido un crimen. Y esto es incompatible con una ley que declara que un sujeto actuó efectivamente dentro de los límites de su deber de obediencia, o que abre un juicio cualquiera acerca de la calificación jurídica concreta que le corresponde a un cierto hecho (justificado, inculpable, disculpado).

Esto tiene infinidad de efectos prácticos de los cuales sólo traeré a colación, expresamente, las consecuencias derivadas en materia de responsabilidad civil. Un actor civil ve perjudicada su situación procesal frente al demandado, si se tiene por cierto que éste actuó en cumplimiento de órdenes de un superior, y sin capacidad de revisión, etc., cuando cometió el hecho que motiva la demanda. La amnistía, en cambio, no altera en modo alguno esa situación procesal, precisamente porque el Código Penal aclara que la amnistía no influye —ni a favor, ni en contra— respecto de las "indemnizaciones civiles" (art. 62, CP).

En síntesis, esta ley, más allá de su desacierto valorativo, y de su invalidez constitucional, no es, técnicamente, una ley de amnistía, aunque, desde el punto de vista político, haya tenido efectos análogos⁴⁶.

Contra esto, no se debe argumentar —como Petracchi— que si el legislador quiso amnistiar, aunque se haya expresado por medio de una sentencia, el intérprete debe conside-

⁴⁶ Si se compara esta conclusión con las de mi trabajo *Valieler y el conato del proyecto de "punto final"*, en "Doctrina Penal", año 10, n.º 37, 1983, p. 117 y ss., se verá que la ley de punto final sí constituyó, técnicamente, una ley de amnistía (desigualitaria, y, por tanto, inválida), aunque, políticamente, no le resultó al gobierno como tal. A la inversa, la ley de obediencia debida no constituyó, técnicamente, una amnistía, aunque sí lo fue políticamente.

rar a la ley como una amnistía, para evitar que se frustrase esa finalidad. El propósito de no frustrar la intención política del legislador es una pauta orientadora de la interpretación teleológica, dentro de varias posibilidades que pueda permitir un texto ambiguo, pero no autoriza a reescribir una ley que no existe, como se ha hecho en el voto de Petracchi⁴⁷.

b) Inamnistiablez de la tortura y del homicidio de Estado por causas políticas. Pero más allá de los argumentos conceptuales, que demuestran que la ley 23.521 no constituyó una amnistía (aunque políticamente lo haya sido), es importante poner en claro que la más sana interpretación del art. 29 de la Ley Fundamental, impide la amnistía de los delitos que hayan implicado que "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna".

En efecto, en Fallos, 234:16, la Corte Suprema, en concordancia con el dictamen del Procurador General Sebastián Soler, declaró que los términos enfáticos en que está redactado el art. 29 de la Constitución —que prohíbe a los legisladores la concesión al Ejecutivo de facultades extraordinarias, y asimila los actos de esta naturaleza a la traición a la patria—, determinan que ese delito no puede ser válidamente amnistiado por el Congreso, en la medida en que la amnistía implica, en cierto sentido, una derogación parcial, o privación de efectos, de la norma incriminante⁴⁸.

Este principio fue ampliamente aplicado por la jurisprudencia de este mismo período constitucional, especialmente para negar validez al decreto ley conocido como "ley de autoamnistía", que el gobierno militar había dictado como último estertor de su gestión.

En verdad, si el argumento dado por la Corte en Fallos, 234:16, fuera desarrollado coherentemente, habría que concluir que el órgano competente para amnistiar un delito sólo sería aquel que tiene competencia para establecer la norma penal respectiva y derogarla. Dicho de otro modo: ningún órgano podría amnistiar los delitos que no podría derogar.

⁴⁷ Los fundamentos de esta "reconversión" se hallan en los consid. 34 y 35, únicos que dan el verdadero fundamento (equivocado) de la decisión real de Petracchi. A ellos debió reducirse ese voto.

⁴⁸ Ver un planteo más extenso de este punto, y su relación con las amnistías, en Sancinetti, *Validez y alcance del proyecto de "punto final"*, en "Doctrina Penal", año 10, n.º 37, 1987, p. 117 y ss., especialmente p. 134 y siguientes.

Entonces, dado que el Congreso carece de facultades para derogar los delitos constitucionales, como el ejercicio de actos que impliquen la detentación de la suma del poder público, el homicidio estatal por causas políticas, y la tortura, tampoco podría amnistiarlos¹⁹.

Contra esta idea, sin embargo, en su ya citado voto del 23 de junio, el juez D'Alessio ha ensayado un buen argumento, que impone precisar aquel principio. Dijo que, si así fuera, habría que considerar inamnistiable al delito de sedición, expresamente mencionado en el art. 23 de la Const. Nacional²⁰.

El argumento tiene realmente efecto, porque, dado que la historia argentina registra innumerables ejemplos de amnistías por delitos de sedición, el citado argumento de la incompetencia del Congreso para amnistiar delitos constitucionales, parecería conducir a consecuencias que nunca fueron tenidas por válidas.

Sin embargo, hay que reconocer también contra esto, que la historia de la jurisprudencia de la Corte muestra una constante inadmisibilidad de la amnistía de los "delitos atroces", unas veces con esta misma expresión, y otras, las más antiguas, con la mención a los "actos de barbarie y vandalismo"²¹.

¹⁹ Este es el sentido de la sentencia del 4/10/94 de la Sala I de la Cámara Federal de Buenos Aires (re: "Fernández y Argenti"). Mediante este fallo, el tribunal declaró la nulidad de la sentencia, procesalmente firme, dictada por la Cámara en la anterior integración de facts, que había declarado la extinción de la acción penal de diversos procesados, por aplicación del decr. ley de autoamnistía. Especialmente coincidente con el texto es el voto de Gil Lavedra, consid. IV, con quien estuvieron de acuerdo sus colegas de Sala (Arlanarán y Torlasco): "La posibilidad de amnistiar a sí mismo es algo vedado para el Congreso de la Nación, y con mayor razón para quien por la fuerza usurpe sus funciones, habiendo declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el art. 23 representa un límite infranqueable que el Poder Legislativo no puede sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías". En el consid. V recordó Gil Lavedra las palabras del diputado Vancosi y del senador De la Rúa del debate de la ley 23.040, que declaró "inconstitucionalmente nula" a la autoamnistía. La Sala II de la Cámara Federal también anuló anteriormente sentencias que habían aplicado la autoamnistía (ver causa "Rolando Vieira", fallada el 6/3/95). Todos estos funcionarios bajaron sus banderas al tiempo del debate y posterior aplicación de la ley 23.521.

²⁰ Su voto del 23/6/87, punto III, si aunque su tesis no parte de considerar a la ley como amnistial. En el mismo lugar ofrece otros argumentos, pero no me parecen importantes.

²¹ Cfr. el voto del ministro Jorge Bacqué, consid. 40 y 41. CSJN, Fallos, 21:121; 115:362; 294/315; 354-412 y sus citas.

Y, si se tiene en cuenta que a esta clase de hechos están referidos, antes que nada, las cláusulas pétreas de los arts. 18 y 29 de la Constitución, es factible concluir que la doctrina de Fallos, 234:16, sólo es aplicable a aquellos casos que pongan en peligro los derechos humanos, especialmente si ellos quedan "a merced de gobiernos o persona alguna" (arg. art. 29, Const. Nacional). El carácter pétreo de ambos preceptos constitucionales y la fundamentalidad de los valores comprometidos explicarían que el Congreso carezca de competencia para privar de efecto a la norma constitucional incriminante, que sí retendría por vía del art. 67, inc. 17, de la Constitución, para los demás casos.

Esta interpretación histórica y teleológica pondría a nuestra estructura constitucional de 1853, en plena armonía con el derecho internacional actual, especialmente con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968) y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder (1985)²¹.

Si, en cambio, se cree que la doctrina de Fallos, 234:16, sólo pretende proscribir la autoamnistia, el autopérdón, entonces, se pierde el sentido más valioso de esa doctrina; pero, además de ello, se pierde de vista también que eso no podría conducir a una solución distinta, dado que la ley 23.521, desde el punto de vista político (aunque no jurídico) constituye una autoamnistia impuesta al Congreso por la autoridad mediata de un grupo de oficiales del Ejército que el gobierno no pudo reducir, o no supo hacerlo.

Mucho más edificantes y alentadoras eran, por ello, las ideas de D'Alessio, y de los jueces de la Cámara Federal toda de Buenos Aires, cuando les tocó negar validez al decreto ley de autoamnistia del régimen militar. Y lo hicieron, inclusive (correctamente), para negar los efectos de la cosa juzgada a los sobreseimientos, procesalmente firmes, dictados por el mismo tribunal, en su anterior composición de facto.

Por aquel entonces, 6 de marzo de 1985, D'Alessio hizo suyas estas palabras de un juez de la Corte Suprema americana de 1798: "hay ciertos principios vitales en nuestros gobiernos republicanos libres que determinan y prevalecen so-

²¹ También, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948; Argentina, 1956) y la ya citada Convención contra la tortura otras tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (1984; Argentina, 1986).

bre un evidente y flagrante abuso del Poder Legislativo: como lo es autorizar una injusticia manifiesta mediante el derecho positivo"²².

En cambio, en su reciente voto del 23 de junio de 1987, citando a otro juez americano, le tocó decir esta vez: "No podrá nunca ser suficientemente enfatizado que la propia opinión acerca de si es la ley sabia o dañosa debe ser absolutamente dejada de lado cuando uno está cumpliendo su deber desde el estrado"²³.

Para volver entonces, ahora, al voto de Petracchi, y a la invalidez que tendría la ley 23.521, aun cuando hubiera sido una verdadera ley de amnistía, debo decir que no valía la pena que este ministro se esforzara tanto en torcer las claras palabras jurisdiccionales de la ley, para intentar convalidar como amnistía un texto de este grado de inmoralidad, cuando había una jurisprudencia centenaria de la Corte contraria al perdón de la atrocidad y la barbarie. Para hacer esto, era preferible que se adhiriera lisa y llanamente al voto de Caballero y Belluscio²⁴.

6. EL FINAL

Llega el punto de evaluar moral y políticamente este triste final.

A comienzos de este año, habían aparecido dos artículos de filosofía moral que intentaban persuadir al hombre de la calle acerca de los fundamentos éticos de la denominada ley de punto final, sancionada en diciembre del año pasado. Según estos filósofos, la ley no modificaba en modo alguno la tradición del partido oficial de respetar de manera irrestricta los principios morales.

El primero de esos artículos fue publicado por los asesores presidenciales Jaime Malamud Goti y Ricardo Entelman,

²² Cfr. su voto en la causa "Rotando Vieira", del 6085, punto II, párrafo 4º, con cita del juez Chase, en 3 Dallas 386.

²³ Su ya citado voto del 23/6/87, punto III, 10, con cita del juez Frankfurter, en 319 US 624, 646-647.

²⁴ Acoto aquí que la referencia al art. 3º de la Convención contra la tortura, que hace Petracchi, en el corral. 35 de su voto "sobre la base de que "una amnistía no legitima ni justifica esa conducta"-, como si, por ello, la amnistía no estuviese en contra del texto de la Convención, es equívoca. Al respecto, cfr. de la Cruz, A., *Due Obedience, Torture and Violations of International Law*.

en numerosos diarios del interior del país⁷⁴. El restante, aparecido en una revista de información general, fue escrito por Osvaldo Guariglia, un filósofo amigo del opaco subsecretario de Derechos Humanos⁷⁵.

Tuvieron el coraje de decir, entre otras cosas, Malamud y Entelman, que una vez que la democracia se autoconstata como fuerte y sólida, ya no necesita aplicar la pena a todos los culpables: basta con algunas sanciones ejemplificadoras⁷⁶. Y presentaron este punto de vista como si derivara de alguna teoría vigente de aquellas que explican la legitimación moral del castigo estatal. Guariglia, en un texto mucho mejor escrito desde el punto de vista de su redacción formal, tras proponer una serie de distinciones totalmente radicales⁷⁷ dijo que las críticas éticas y políticas contra el gobierno sólo provenían de la que denominó la "izquierda real"⁷⁸.

No hay tiempo aquí para considerar en detalle los respectivos puntos de vista de estos autores. Sólo diré que, con filósofos así, ni siquiera harían falta presidentes claudi-

⁷⁴ Por ejemplo, diario *Río Negro*, 191287, p. 11: *Causas militares: fundamentos éticos e implicancias políticas*. Los argumentos son casi íntegramente reproducidos en los considerandos del decreto 92/87 del 22/1/87, en el cual el Presidente de la Nación encomendaba al Procurador Gauza "instruir a los fiscales", con el fin aparente de arribar al menor número de procesamiento posibles. El Procurador concretó las "instrucciones", las cuales, a mi juicio, fueron ilegítimas. El artículo de Malamud, Jaime Eristman, Ricardo, fue reproducido como *La ley de punto final. Respuesta al profesor Julio Maier*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 38, 1987, p. 339 y siguientes. Para esta segunda publicación los autores —además de modificar el título— agregaron un intento de réplica al dictamen de Maier (ver Maier, Julio, *El proyecto de "punto final"*, en "Doctrina Penal", año 10, n° 37, 1987, p. 141 y siguientes). Las ideas agregadas —que no tratan en profundidad el dictamen que critican— no son mejores que las de la primera parte, que se república. Especialmente desafortunada me parece esta afirmación de los asesores del Presidente: "Lo que no puede negársele al Estado es la facultad de balancear mediante actos políticos cuándo le conviene renunciar a la institución de la pena en virtud o una mejor defensa de los derechos individuales" (sic, p. 346). Sólo me parece atinada la confesión del último párrafo: "Nos disculpamos por la longitud del trabajo, que debe resultar insostenible a más de uno".

⁷⁵ La condena a los ex comandantes y la ley de extinción de las causas: un punto de vista ético, en revista "Vuelta 9", Bs. As., Sudamericana, año I, abril de 1987, p. 9 y siguientes.

⁷⁶ *Río Negro*, 191287.

⁷⁷ "Radicales", en el mal sentido de la expresión.

⁷⁸ La condena a los ex comandantes y la ley de extinción de las causas: un punto de vista ético, en revista "Vuelta 9", p. 12.

cantes: bastaría con el gobierno de los filósofos. Es un recurso desleal denominar izquierdista, real o imaginario (para parafrasear a Guariglia), a todo aquel que cree de verdad en el valor de la dignidad del hombre, de su vida. Esto no es justo para con los liberales no izquierdistas, si son honrados y auténticos. Por ello, desearía ver escritos dos artículos rectificatorios de esos recientes ensayos de filosofía ética por aquellos que, en otro tiempo, defendían valores cercanos a los míos. No sé, por ello, si estos filósofos estarían dispuestos, también hoy, a defender la moralidad irrefragable del gobierno, con relación a la defensa de los derechos fundamentales.

Por mi parte, permítaseme mostrar aquí el grado de deterioro del respeto a los derechos humanos y al valor del principio republicano, habido durante este gobierno constitucional, con sólo confrontar los resultados que he criticado en esta exposición, con las promesas contenidas en el Mensaje a la legislatura que leyó el Presidente de la Nación el 10 de diciembre de 1983, primer día de su gobierno: un discurso verdaderamente memorable y conmovedor; excelente en muchos aspectos.

Aquel día dijo el Presidente: "Una savia común alimentará la vida de cada uno de los actos del gobierno democrático que hoy se inicia: la rectitud de los procedimientos"¹¹.

"...Hoy ha terminado la inmoralidad pública. Vamos a hacer un gobierno decente (aplausos -acota aquí el Diario de la Cámara de Senadores-)... convocamos a los argentinos, no solamente en nombre de la legitimidad de origen del gobierno democrático, sino también del sentimiento ético que sostiene a esa legitimidad".

"Este sentimiento ético constituye uno de los más nobles movimientos del alma. Aun el objetivo de constituir la unión nacional [afirmaba en aquella época el mandatario] debe ser cabalmente interpretado a través de la ética..."

"Quienes piensan que el fin justifica los medios suponen que un futuro maravilloso borrará las culpas provenientes de las claudicaciones éticas y de los crímenes. La justificación de los medios en función de los fines implica admitir la propia corrupción [decía, por entonces], pero, sobre todo, implica admitir que se puede dañar a otros seres humanos, que se puede someter al hambre a otros seres humanos, que

¹¹ Mensaje del 10/12/83, HCS de la Nación, DS, 1983, p. 77-104.

se puede exterminar a otros seres humanos, con la ilusión de que ese precio terrible permitirá algún día vivir mejor a otras generaciones..."

"Toda esa lógica de los pragmatismos cívicos remite siempre a un porvenir lejano. Pero nuestro compromiso está aquí..."

"El ciudadano común percibirá, de la mañana a la noche, la diferencia entre el autoritarismo y la democracia. Puedo asegurar (agregaba enfáticamente Alfonsín) que seremos totalmente honestos, desde el punto de vista intelectual, en la administración de los medios de comunicación en manos del Estado, y que ellos serán conducidos no solamente con limpieza administrativa sino con limpieza política, de modo que nunca más alguien tenga que rechazar o subvalorizar una noticia por provenir de un canal oficial y que nunca más nadie pueda suponer que se le retacea la información completa a que tiene derecho... (aplausos -dice aquí, de nuevo, la edición oficial de la Cámara de Senadores-)"

Poco antes de ese párrafo, había dicho el Presidente: "Termina hoy el estéril tutelaje sobre los habitantes de este país (Aplausos prolongados). Eso quiere decir que el gobierno retoma su tradición como defensor del Estado de derecho y de las libertades públicas y quiere decir, también, que los ciudadanos recobran el pleno ejercicio de sus responsabilidades ¡Muy bien! ¡Muy bien! Aplausos -vuelve a decir aquí el Diario de la Cámara de Senadores-)"

Y enseguida de eso: "Nosotros privilegiaremos, por lo tanto, la plena vigencia de los derechos humanos y la necesidad de dismantelar el aparato represivo (aplausos prolongados). Los señores legisladores se ponen de pie -acota textualmente, como con orgullo, la edición oficial-)"

Y mucho después: "No habrá más golpes de Estado ni 'planteamientos' militares en la Argentina del futuro. Construiremos una República leal consigo misma y con sus ciudadanos, que no podrá ser traicionada nunca en su esencia democrática ni en su regularidad constitucional sin que el peso de semejante aventura recaiga sobre sus improbables protagonistas. Vamos a vivir todos en un orden de legitimidad basado en las periódicas decisiones soberanas de las mayorías populares"

Algunos de ustedes oirán, quizá con disgusto, que haya traído a cuento estas palabras del Presidente -de cuando se presentaba como restaurador de la ética y propietario exclusivo de ella- en un momento en que se vuelve a oír que la po-

litica no tiene nada que ver con la moral, en momentos, en fin, en que, en contra de todas las promesas, el "discurso pragmático" ha desplazado al "discurso ético". Pero era preciso para mí dejar en claro que muchos de quienes hoy clamamos en favor de los principios esenciales del Estado de derecho, del valor de la dignidad del hombre, de la vida, somos algunos de aquellos que, tal vez por ingenuidad, tomamos en serio, al comienzo, la palabra del Presidente, en la que hoy no podría yo confiar en absoluto.

Los juristas independientes y verdaderamente interesados por la verdad, no debemos dejar de lamentarnos cada día de nuestra vida, por el modo en que se ha engañado al hombre "de la calle", y conculcado el valor justicia, de manera tan contraria a todos los principios.