

## LA CAUSA: “OPERATIVO INDEPENDENCIA”

*Gabriel Eduardo Casas y Alfredo Martín Espíndola*

**Introducción:** el presente capítulo reseña el proceso judicial inherente a la causa del título, documentada en los expedientes 401015/04 y 401016/04 y la sentencia dictada el día 8 de noviembre de 2017 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal integrado por los jueces de cámara Gabriel Eduardo Casas, Carlos Enrique Ignacio Jiménez Montilla y Juan Carlos Reynaga; se incluyeron consideraciones sobre la situación que se vivía en el País y especialmente en Tucumán. A la fecha, el pronunciamiento no se encuentra firme.

### 1. Marco de valoración de los hechos y pruebas en particular:

**1.1 La violencia como forma de acción política:** se trató de un proceso creciente en lo que hace a la introducción de medios violentos o del ejercicio de la fuerza como una forma de acción política, centrando el concepto de esta última en este devenir histórico, en la pretensión de la ocupación o toma del poder del Estado por parte de grupos armados que no se consideraban obligados a la legitimación del voto popular, sean tales grupos armados provenientes de instituciones organizadas del Estado — como las Fuerzas Armadas — o de organizaciones políticas que hicieron opción pública por la lucha armada.

Es de conocimiento público que el 6 de septiembre de 1930 significó la formalización de un poder de facto respaldado por la fuerza de las armas, que usurpó el mando del Estado a quien gobernaba tras haber sido elegido democráticamente: Hipólito Irigoyen. A partir de entonces, maniobras electorales fraudulentas generaron gobiernos con debilidades de origen, incluyendo nuevas situaciones de poderes de facto, hasta el período que va de 1946 a 1955, en que hubo gobierno con plena legitimación democrática. El 16 de septiembre de 1955 se produjo una nueva usurpación del poder por las armas — tras un bombardeo que había sido anticipado el 16 de junio de ese mismo año —, derrocando al Gral. Juan Domingo Perón. A partir de allí, se sucedieron alternancias en el ejercicio del poder institucional formal entre gobiernos civiles o declaradamente militares. Los primeros, en situaciones condicionadas y en los últimos, con exclusión de procesos electorales. En la etapa que va del 28 de junio de 1966 al 25 de mayo de 1973, conocida como la “Revolución Argentina”, se desarrollan organizaciones políticas armadas y correlativamente acciones de persecución y represión desde un poder estatal sin legitimidad de origen. El 25 de Mayo de 1973, por decisión del Congreso de la Nación, en tumultuosa sesión, se aprobó una amplia amnistía, con salidas de presos de las cárceles de todo el país — hecho conocido como el “devotazo”, en alusión a la cárcel de Villa Devoto —. El 1<sup>er</sup>o de julio de 1974 muere el Gral. Juan Domingo Perón y continúa en la presidencia la vicepresidente María Estela Martínez de Perón, hasta el 24 de marzo de 1976, en que nuevamente las Fuerzas Armadas ejercen el poder de facto mediante un presidente militar y una junta de comandantes. Paralelamente se desarrollaron acciones armadas por parte de organizaciones políticas ajenas al Estado, lo que motivó decisiones normativas por parte del Gobierno constitucional, ordenando la persecución y represión de su accionar, y declarando ilegales a varias de ellas. Así, órdenes dictadas originariamente en el ejercicio del, y por el poder constitucionalmente establecido, fueron invocadas por el gobierno de facto durante el denominado “Proceso de Reorganización Nacional”.

Las acciones desarrolladas excediendo las previsiones normativas internacionales e internas para la decisión de privaciones de libertad y alojamiento en establecimientos clandestinos o carcelarios oficiales, fueron dispuestas de facto a partir de entonces por las jerarquías militares, incluyendo torturas, violencias sexuales y asesinatos, justificando todo ello en aras de una supuesta “eficiencia” en la “lucha contra la subversión” (ver la expresión de tal criterio que se atribuye al primer jefe del Operativo Independencia, General Adel Edgardo Vilas, cuya autoría no fuera puesta en duda en vida por su autor, y que se resume en la idea de que el éxito solo sería posible con métodos “irregulares” o no convencionales).

A este respecto, resulta ilustrativo un párrafo de Kai Ambos, cuando analiza el caso argentino: “Otros indicios surgen de las declaraciones mismas de los Comandantes en Jefe. Repetirlas deja en claro la inexistencia en las Fuerzas Armadas de unidades fuera de control. En realidad, es inimaginable que una represión tan vasta haya podido ser ejecutada por partes descontroladas de las Fuerzas Armadas. Los comandantes en jefe hablaron repetidamente de “guerra sucia”, la cual, como se dice en el denominado “Documento final de la justicia sobre la lucha contra la subversión y el terrorismo”, exigió formas de procedimiento desconocidas... los comandantes en jefe dirigieron y organizaron la represión clandestina”.

1.2 **¿Qué es lo que pasó en argentina y en Tucumán?** El cuadro fáctico reproducido en las sucesivas audiencias de debate, obliga a especiales análisis, por cuanto no puede dejarse de lado que la mayoría de las acciones represivas se cumplieron durante la vigencia de un gobierno constitucional, elegido democráticamente, que además había dictado las leyes atinentes a la situación, prácticamente con el respaldo unánime de los sectores políticos representados en el Congreso de la Nación.

En sentido coincidente se expresó el doctor Antonio Cafiero, ex ministro e integrante del gabinete del gobierno constitucional durante el año 1975 (al brindar testimonio el día 15 de junio de 2010, en audiencia de debate del juicio “Jefatura de Policía de Tucumán s/ secuestros y desapariciones”, substanciado ante este mismo Tribunal), a propósito de declaraciones formuladas por el imputado Luciano Benjamín Menéndez en ese mismo juicio, que fueran incorporadas como prueba en esa audiencia. En tal sentido, Cafiero dijo enfáticamente: “El objetivo político del gobierno que él integró fue, en primer lugar, detener o dificultar la acción de la guerrilla capacitando a las Fuerzas Armadas para este rol, siempre dentro de la Constitución y las leyes”. Y agregó: “a juicio del gobierno las fuerzas policiales ya habían sido superadas por el accionar de la guerrilla; entonces hacía falta convocar a las Fuerzas Armadas para la defensa de las instituciones y la ley. En el decreto respectivo se encomendó a las Fuerzas Armadas aniquilar el accionar, no se habló de eliminar a los subversivos, aniquilar no significa aniquilar al adversario sino dejarlo inerte para que no pueda seguir actuando”. Puntualizó asimismo que “a través de toda la documentación de la época quedó claro que el gobierno constitucional combatió el accionar subversivo con la ley y la Constitución en la mano y estos decretos fueron conocidos y comentados por la prensa y no se escuchó una sola voz que pusiera en duda su validez jurídica y eficacia. El gobierno constitucional fue muy estricto en cuanto a no propiciar medidas de violencia aún contra la guerrilla más de lo que habilitan la Constitución y la ley”. Y subrayó: “Perón siempre utilizó la ley, dentro de la ley todo, fuera de la ley nada [...] el gobierno de Perón y de Isabel jamás tomó la facultad de ejecutar por mano propia para combatir la guerrilla”.

Es en función de lo expuesto que se comprende que las acciones armadas desarrolladas por organizaciones políticas llevadas a cabo durante la vigencia del gobierno constitucional, eran ilegales e ilegítimas, por cuanto eran violatorias de la legislación vigente (aprobada conforme a las exigencias formales de nuestra Constitución y por quienes investían la representación organizada del pueblo argentino).

Refiriéndonos a las acciones violentas, externas, lesivas, discrepamos respecto a la incriminación primaria de la mera membresía en organizaciones políticas o por la tenencia de material bibliográfico, que de ninguna manera implican conductas incriminantes al no existir lesividad criminal. En este sentido, diremos con cita textual del *Derecho Penal. Parte General* (1999) de Tomás Salvador Vives Antón; Manuel Cobo del Rosal y Valencia Tirant lo Blanch, p.725, nota 59: “La proclamación de la libertad y del pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico y la concreción de esa declaración impide [...] el castigo de las ideas y opiniones, por mucho que puedan estimarse perniciosas y la erección de la ley moral en bien jurídico, pues en una sociedad pluralista no puede haber una ley única moral cuyo cumplimiento pueda exigirse válidamente a todos”.

Introducimos aquí algunas consideraciones sobre este tema porque resultan apropiadas cuando se trata de la punición de hechos colectivos:

El problema de la punición de la asociación ilícita como adelantamiento de la sanción a actos preparatorios, “radica en la legitimidad de esta prohibición cuando se encuentra desconectada de todo hecho penalmente relevante, sin que se produzca el efecto “de amenaza” productor de una perturbación cognitiva de la confianza en la vigencia de la norma” (según Pablo D. Moyano Ilundain, en “El anclaje de la asociación ilícita en los delitos objeto de la organización”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Bs. As., 9/2012, p. 1617/1618). A partir de esa premisa, el autor citado sostiene enfáticamente que “no es posible sostener la punibilidad de la asociación ilícita a partir de que se produce el peligro al insertar un aporte en un marco criminal si este no constituye al menos el principio de ejecución de otro delito”. Para agregar luego: “Dicho de otro modo, la responsabilidad penal del miembro solo puede quedar justificada a partir de la participación en la comisión de un delito objeto de dicha asociación. De este modo, solo resulta legítima la intervención estatal a partir del comienzo de ejecución de una acción en sentido jurídico penal”. “Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta” (John S. Mill, “Sobre la libertad”). “En tanto no se comience la ejecución de un delito que exteriorice el propósito criminal de la asociación, estaremos castigando la forma de ser y de pensar de los miembros que tal vez sea absolutamente desviada, pero es privada”.

En consecuencia, la acción civilizada de represión de aquellas acciones violentas se podía realizar legítimamente valiéndose de la coerción estatal, incluyendo la persecución de los autores de esas conductas exteriorizadas con daño a bienes jurídicos protegidos en la normativa penal. También era legítima la represión como asociación ilícita de aquellas organizaciones políticas que realizaron acciones armadas. Por el contrario, la represión no podía llevarse a cabo fuera del marco de la ley, en forma clandestina, ni extenderse más allá de acciones concretas delictivas, por cuanto de no procederse así, ello se convierte — como ocurrió con muchos hechos producidos por las Fuerzas Armadas y de Seguridad — en una caza de brujas, del que piensa distinto.

En ese marco fáctico debemos considerar asimismo la situación generada cuando las personas sindicadas como supuestos autores de hechos tipificados en la legislación represiva, son privadas de su libertad mediante procedimientos ilegales y son mantenidas en detención clandestina, con aplicación de graves tormentos. Cuando se produce la eliminación física no hay duda que todo ello ha constituido el *iter criminis* delictivo. Inclusive, en el caso de liberación, las acciones antecedentes son delictivas por su ilegalidad, aunque naturalmente en tales casos no se ha producido el resultado de muerte.

Deben analizarse aquellos supuestos en los que, objetivamente, los perseguidos — personas real o supuestamente portadoras de ideas políticas rechazadas por el poder establecido — son llevados en operativos sin orden judicial a centros clandestinos de detención, sometidos a graves torturas, para luego ser “legalizados” o “blanqueados”; es decir, incorporados a una situación de sujetos sometidos a una causa judicial o puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, en el marco del estado de sitio. En esta etapa, sin perjuicio de las ilegales condiciones de detención — inclusive con torturas en algunos casos —, sus familias podían realizar muy restringidas visitas. En ese cuadro de situación, no existe duda de la ilegalidad del procedimiento y de la privación de la libertad hasta la indagatoria ante el juez interviniente en el período constitucional.

Consideramos incluso válida la detención a disposición del Poder Ejecutivo Nacional en el marco del gobierno constitucional y sin perjuicio de las exigencias a su respecto en materia de razonabilidad, duración, condiciones y garantía de la opción de salir del país. Estimamos, no obstante, que tal constitucionalidad no acompaña a la detención a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, cuando de un gobierno de facto se trata, por cuanto tal carácter lo deslegitima para disponer la privación de libertad de las personas aunque se aduzca situación de emergencia en seguridad, pues en tal situación solo los jueces tendrían facultad de privación de libertad frente a acciones delictivas lesivas concretas y no por estimaciones de peligrosidad.

Atento a tan intrincado cuadro de funcionamiento empírico que ha tenido la acción represiva cumplida por el Estado argentino, que es el mismo y en consecuencia tiene continuidad y responsabilidad por lo hecho antes y durante el gobierno de facto y a propósito de las recurrentes consideraciones de las defensas durante el debate al respecto, de ninguna manera resultan cuestionables las indemnizaciones pagadas por el Estado argentino en cumplimiento de pautas fijadas en normas internacionales y que han sido interpretadas por organismos que revisten también ese carácter. Todo ello sin perjuicio de la validez de condenas que se hayan dictado en período constitucional en relación con acciones delictivas concretas cometidas durante la vigencia del gobierno constitucional. Aquellas que pudieran haber ocurrido en períodos de facto deberán ser objeto de consideraciones distintas, por cuanto pueden entrar en juego conceptos filosóficos, políticos y constitucionales vinculados a la existencia del derecho a resistencia frente al gobierno usurpador del poder.

**1.2.1 Enfrentamientos y acciones armadas:** la existencia de situaciones de enfrentamientos y acciones armadas contra unidades militares, en el marco de la Operación Independencia en Tucumán y otros lugares del territorio del País, como así un atentado contra un industrial azucarero tucumano, en cercanías del viejo aeropuerto de nuestra ciudad capital, han sido acreditados mediante las declaraciones de testigos que comparecieron en los últimos tramos de las audiencias de este debate.

Así, declararon los ex soldados Adrián Rubén Segura, Rodolfo de Mayo y Luis Peñaranda, de la Compañía de Ingenieros de Montaña 5 de la ciudad de Salta, que cuando se encontraban realizando tareas de reparaciones en la escuela del paraje Rincón de Balderrama, a cuatro o cinco kilómetros del poblado de Manchalá, en el interior tucumano, en la zona de operaciones, el día 28 de mayo de 1975, en horas de la siesta, fueron atacados con ráfagas de ametralladora, desde una camioneta que circulaba en dirección a la ciudad de Famaillá, donde se hallaba el comando de las fuerzas del Ejército. Los testigos relataron que al repeler el ataque de personas vestidas de uniforme del ERP, se generó un intenso tiroteo, por un período de cerca de una hora, que fue “como en las películas de guerra”. Uno de los declarantes — Adrián Rubén Segura —, recibió un disparo en una pierna, que le sacó parte del hueso, por lo que tuvieron que auxiliarlo y después derivarlo a un hospital, como consecuencia de lo cual la pierna le quedó más corta. Relataron también que se pudo observar que detrás de una curva, durante el tiroteo, permaneció en espera una caravana de dos camiones y una camioneta de los atacantes, que luego se retiraron.

Declaró también Arturo Cirilo Larrabure, quien es hijo del teniente coronel del Ejército, Argentino del Valle Larrabure, quien fue secuestrado en oportunidad que tuvo lugar un ataque del ERP contra una fábrica militar de Villa María. Relató que se llevaron una cantidad de más de cien fusiles FAL y municiones, que al padre lo tuvieron cautivo en “cárceles del pueblo” en condiciones infrahumanas, durante 369 días, que lo torturaron y lo mataron por estrangulamiento. Que su cadáver mostraba huellas de golpes y torturas recibidas, que además había bajado más de 40 kilogramos.

Brindó testimonio también, Silvia Patricia Ibarzábal, hija del teniente coronel del Ejército Jorge Roberto Ibarzábal, quien fue secuestrado cuando combatientes del ERP realizaron un ataque a la Unidad Militar de Azul, el día 19 de enero de 1974, a primeras horas de la madrugada. Su padre permaneció cautivo durante 300 días, en distintas “cárceles del pueblo”, sufrió torturas y en oportunidad en que lo trasladaban en una furgoneta, dentro de un armario metálico, vendado y atado, al ser interceptados por un control, el chofer del vehículo descendió y le dirigió tres disparos provocándole la muerte. Ello fue el día 19 de noviembre de 1974 en Quilmes, provincia de Buenos Aires.

**La muerte del ingeniero José María Paz:** María Victoria Paz compareció como testigo, para narrar el asesinato de su padre, el ingeniero José María Paz, el día 7 de agosto de 1974, por parte de un grupo de personas armadas, pertenecientes a la organización “Montoneros”, a unos cien metros del aeropuerto Benjamín Matienzo, que por esa época estaba ubicado en terrenos del Parque 9 de Julio, de esta ciudad. Relató que su padre tenía 45 años y la testigo 19 años de edad. Que el hecho se produjo un miércoles, que el padre había bajado del avión que lo trajo de Buenos Aires y se dirigía hacia el Ingenio Concepción, en un taxi, cuando fue atacado por un grupo de más de quince personas, algunas disfrazadas de agentes de tránsito. Chocaron de atrás al taxi y una camioneta se cruzó adelante, efectuaron un tiro al taxi, que arrancaron a su padre del vehículo, que empezó una pelea, ya que querían meterlo en una camioneta, que tenía como un armario para encerrarlo allí. Llegó un camión de caudales, se fueron juntando vehículos. Que su padre intentó salir corriendo, le dieron un tiro en el abdomen, arrastrándose llegó hasta un alambrado, pasó un automóvil y él dijo “soy José María Paz, llévenme a un sanatorio, llamen a un sacerdote”. Lo llevaron al sanatorio 9 de Julio, tenía 24 perforaciones. Le hicieron transfusiones de sangre. A su madre le avisó un tío. La calle donde está el sanatorio se llenó de gente, especialmente obreros del ingenio, hubo que cortar el tránsito. Agregó que llegaron amenazas del grupo terrorista, anunciando que iban a entrar al sanatorio para rematarlo. Por la gravedad del estado de salud de su padre, debieron trasladarlo a Buenos Aires, pedía que trajeran a los atacantes para hablar con ellos. La testigo puntualizó que el padre les había dicho que esto podía pasar, puesto que recibía amenazas por escrito y por teléfono, que había dado instrucciones para que no se pague rescate, porque esto les serviría para hacer nuevos atentados. Que su padre falleció el 27 de agosto, fue trasladado a Tucumán y en oportunidad del sepelio había una multitud en el cementerio del Oeste, que uno de los oradores fue el secretario del sindicato del Ingenio, Rodolfo Nicolás Chávez, para repudiar el hecho. Que a los pocos días salió publicado en el diario *La Gaceta*, que la organización “Montoneros” se adjudicó el hecho. Dijo también que después se supo que habían alquilado una casa en el pasaje Bertrés. Que fue hallada la camioneta, se secuestraron 19 proyectiles y el bolso del padre. Que Chávez y tres personas más cayeron después en una emboscada que les hizo también la organización “Montoneros”. A preguntas que le formularon, relató que una pariente suya, de nombre Albertina Paz, vendió sus acciones en el Ingenio, para donar su valor a “Montoneros” y que estaba vinculada al comandante Pepo de esa organización (de apellido Saravia), que era jefe de la columna Norte. Subrayó que se vivían épocas de tremenda violencia y destacó que la falta de reconocimiento estatal y judicial del carácter de víctimas, acarrea una crisis en relación con la propia identidad.

**Enfrentamiento de Pueblo Viejo:** declaró en la audiencia el Teniente Coronel (retirado) Rodolfo Vicente Ritcher, quien fue herido gravemente en la localidad de Pueblo Viejo, el 14 de febrero de 1975, cuando formaba parte de una compañía del Grupo de Artillería de Montaña 5 de Jujuy, con destino en esa zona en el marco de la Operación Independencia. Que se produjo un intenso enfrentamiento con un grupo de la Cía. Ramón Rosa Jiménez, del ERP, como consecuencia de que se cruzaron casualmente. Dijo que ellos se desplazaban de norte a sur y que él y su compañía de oeste a este. Que hubo dos guerrilleros muertos, y dos muertos y dos heridos en las fuerzas del Ejército. Que el testigo recibió una descarga de Itaka en la columna, como consecuencia de lo cual sufrió una paraplejía que le afectó las dos piernas. Agregó asimismo que se doctoró en la carrera de ciencia política, con una tesis sobre la reconstrucción histórica de la Operación Independencia, con particular análisis de las condiciones revolucionarias que invocó el PRT-ERP: por una parte, la existencia de una crisis social que sí presentaba características de tal, y por el otro lado, la pretensión de dotar de una conciencia de clase a la masa popular, objetivo que no se logró. Dijo que se entusiasmaron con la lucha armada y creyeron que podían tomar el poder, pero fracasaron porque enfrentaban un Ejército fuerte — no el de Batista, en Cuba — y el peronismo constituyó el impedimento para conquistar a las masas.

**1.3 Plan de exterminio por ideas políticas: “el enemigo”:** puede sostenerse que aquellos mismos líderes de las Fuerzas Armadas que pergeñaron el plan sistemático, son los que desalojaron al gobierno constitucional el 24 de marzo de 1976, porque no garantizaba eficiencia en la represión del “enemigo”, según la concepción que ellos elaboraron. Es que conforme ha quedado claramente demostrado a lo largo de las audiencias de debate, se apartaron de la organización judicial del Estado de Derecho y con el poder de fuego que exclusivamente ellos detentaban, persiguieron a muchos más que aquellos que hubieran optado por la participación activa en organizaciones armadas por fuera del Estado con el objeto de tomar el poder por fuera de las vías constitucionales: Reprimieron salvajemente a los que pensaban distinto y a los que ellos definían como “peligrosos”, ello duramente enfatizado cuando se estableció el denominado “Proceso de Reorganización Nacional”, que tenía como respaldo a estos líderes de las Fuerzas Armadas.

Como parte esencial de ese plan de exterminio general y sistemático por ideas políticas, sus ideólogos “definieron” al “enemigo”, que es segregado, se lo priva del carácter de ciudadano ordinario y se lo somete a un régimen normativo diferente, a un tratamiento especialmente negativo. La deshumanización es más extrema que la que se genera en las guerras, porque la masacre no es una respuesta directa a la amenaza o provocación de las víctimas. Tal deshumanización extrema se hace posible cuando el grupo perseguido puede identificarse como una categoría de personas diferentes, históricamente estigmatizadas y excluidas por sus victimarios, que en este caso pertenecen a un tipo político diferente. Al otro se lo tiene por inferior o siniestro.

Como se ha comprobado también en este juicio, se desarrolla una acción concomitante o siguiente en los campos de concentración (por ejemplo, la “escuelita” Diego de Rojas, de Famaillá e inclusive en la propia comisaría de esa ciudad, donde se había establecido por parte del Ejército el comando táctico del Operativo), donde ocurren situaciones extremadamente crueles: las personas allí recluidas pierden su identidad individual — se las nombraba con números —, como así también los rasgos de personalidad que los definen y su verdadera identidad colectiva. La siguiente etapa, la del aniquilamiento, tras el hacinamiento y el hambre, provoca que las propias víctimas asuman de sí mismas su estado de deshumanización y ello se convierte en algo lógico (estas caracterizaciones en torno a los aspectos comunes al consumarse delitos de genocidio o de lesa humanidad, perfectamente reconocibles en la realización de los hechos debatidos en este juicio, han sido dogmática, histórica y jurídicamente analizadas por Mario M. Pereira Garmendia, en la obra *Responsabilidad por los delitos atroces*, 2016). Se cita además a Raúl Hilberg, *La destrucción de los judíos europeos*, 2005, donde al considerar la labor de aislamiento de los que son considerados “enemigos”, se señala que en torno a ellos se realiza una “definición”, con la que realmente lo que se hacía era separar, segregar, a determinado grupo de personas del resto de la sociedad (los “normales”). Se trata de una devaluación o cosificación de los otros. Se los priva del carácter de ciudadanos ordinarios, sometiéndolos a un régimen normativo diferente, a un tratamiento especialmente negativo. “Cuando un grupo de personas es definido conforme a una categoría (a la que ellos y solo ellos pertenecen) y, posteriormente, dicha categoría se define excluida de la familia humana, las restricciones morales que se activan ante el daño o el asesinato de seres humanos pueden ser más fáciles de sortear” (*Crimes of obedience* de Herbert Kelman y Lee Hamilton).

En el caso, el método seleccionado y el modo de proceder supera humanamente cualquier concepto que se tuviere de “enemigo”, al punto de negarles su propia esencia. Así, pretendieron visibilizar a quienes previamente calificaran ideológicamente como peligrosos según patrones castrenses desprovistos de principios fundamentales consagrados en el Derecho Natural y en el Derecho Positivo.

Cómo se construyó el concepto de “enemigo” está reflejado en el sentido que aquí se ha analizado, en el anexo de acción psicológica de la directiva 333 del Ejército Argentino, dictada once días antes del decreto 261/75 del Poder Ejecutivo Nacional, que dispuso la realización de la denominada Operación Independencia; tal como lo aportó el fiscal Pablo Camuña en su alegato. Con esa concepción coincidía el propio Adel Vilas en su memoria o diario del Operativo Independencia. En una frase precisa, el querellante Luis Santucho apuntó a que se convirtió la mente en un campo de batalla.

Algunos de los propios interrogadores-torturadores requerían licencias especiales y asistencia psiquiátrica después de la inhumana labor que habían cumplido (ello surgió de lo informado por la investigadora María Verónica Almada, en una de las primeras audiencias de este juicio, quien incluso recordó los reclamos efectuados por Castelli a sus superiores respecto al accionar de Vilas, porque no quedaba claro quién era el “enemigo”).

**1.4 La imputación del conocimiento del contexto delictivo:** al efecto del análisis de la existencia de tipicidad subjetiva o la condición de atribuible a título doloso de los comportamientos que se analizan, no es necesario hurgar en la cabeza del autor, sino que es obligatorio someter a valoración los elementos externos concurrentes a la acción que dan sentido de ilicitud al contexto delictivo. Cuando en ese juicio de tipicidad, luego de cumplida la primera fase de subsunción de un hecho en un tipo penal —entendiéndose como obra del autor—, corresponde la imputación de un determinado conocimiento a la conducta objetivamente adecuada al tipo penal, debe considerarse que el contenido de dicho conocimiento no está dado por la subjetividad inherente al sujeto que actúa u omite, sino por la exteriorización u objetivación de la subjetividad concretada en el hecho... El conocimiento jurídico penalmente relevante para la imputación subjetiva no se verifica ni se averigua, sino se imputa. De allí que la imputación subjetiva se defina como la atribución al autor, en atención a su esfera de competencia en un contexto social determinado, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas... De tal manera, sería un contrasentido declarar una conducta imputable penalmente, únicamente en función de los datos psíquicos que internamente reúna el agente cuando externamente dicha conducta posea el significado de neutra o de socialmente adecuada, según expresa José Antonio Caro John en “La imputación de conocimiento en el Derecho Penal”. Y agrega en ese análisis, “Lo que se debe saber se determina en función de la posición específica (del rol) que ocupa el actuante en el contexto de interacción, pues precisamente esa posición permitirá saber qué conocimiento es el exigible en esa particular situación, careciendo de toda importancia lo que el agente sabía en su fuero interno o lo que pudo haber sabido”. A lo que cabe agregar una reflexión absolutamente pertinente: “Cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y contando con un perfecto “conocimiento situacional”, se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación”, tomado de *El dolo y su prueba en el proceso penal* (1999) de Ramón Ragués i Vallés.

Además, siempre en el marco de la condición de atribuible del hecho con relevancia penal a su autor, Guillermo Yacobucci, analizando los alcances de la concepción de Günther Jakobs sobre la culpabilidad, apunta “Los conocimientos —relación subjetiva frente al hecho— de los intervinientes en un suceso, son evaluados y atendidos conforme con sus competencias y roles de manera determinante en tanto se integran en un contexto de actuación normativizado” (*El sentido de los principios penales*, 2017). Más adelante, agrega: “El dolo, como concepto dogmático o elaborado científicamente, no se demuestra, sino que se atribuye a ciertos contenidos empíricos que se han reconstruido en el contexto del juicio. Por lo tanto, se infiere del modo en que se ha exteriorizado el comportamiento del sujeto”.

Y en el marco de los denominados delitos de infracción de deber — categoría dogmática en la que se encuadra plenamente la conducta de miembros de Fuerzas Armadas y de Seguridad respecto a personas detenidas —, puede aceptarse que la delimitación de ciertos deberes en cabeza de algunos agentes permite relajar ciertas exigencias relativas a la puesta en peligro del bien jurídico, a mayor deber de resguardo, menor exigencia de lesividad, es decir, el componente de deber le quita peso al de organización... Aquel que le debe al bien jurídico más cuidados, lo lesiona con menos aportes al riesgo que el requerido en un delito de organización (Mario Villar, 2015, “Las dos caras de la teoría del incremento del riesgo”).

Asimismo en el caso *Prosecutor vs. Tadic*, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia (ICTY), entendió que Tadic era coautor de cinco muertes en virtud de una empresa criminal, al tomar parte de un plan común para cometer actos de lesa humanidad contra la población no serbia en la región de Prijedor en 1992 porque debió haber advertido que tales acciones del grupo del que formaba parte podían derivar en asesinatos, aunque no fuera esta última su intención (Pereira Garmendia, obra citada).

Como claramente afirma Antonio Truyol Serra, “restablecer el equilibrio entre el delito y la sanción es cometido preferente de la *polis*, de la ciudad, cuya acción desplaza y sustituye la anterior venganza privada” (*Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, de los orígenes a la Baja Edad Media*, 1979). Ya lo decía Aristóteles: “Si hay elección deliberada del acto, este será injusto igual que el sujeto” (*Ética a Nicómaco*, Libros III y IV). Y en sentido coincidente puntualizaba Santo Tomás de Aquino: “El acto es imputable al sujeto cuando está en poder del mismo, de tal modo que el sujeto conserve el dominio de su acto” (*Summa Theologiae*, T. I - II). Por último, agregamos de *Retribución y prevención general* (2007) de Bernardo Feijoo Sánchez: “El culpable debe sufrir, en consecuencia, la pena proporcional a lo perturbador que ha resultado su hecho”.

### 1.5 Instituciones estatales criminalmente pervertidas: en la obra del autor uruguayo

Pereira Garmendia, cuyos análisis resultan aplicables en múltiples referencias a las situaciones que han sido reproducidas oralmente a lo largo del debate, al considerar la fenomenología de la criminalidad colectiva, se cita una reflexión de Lampe (*Injusto del sistema y sistema de injusto*, 2009): “Tanto el peso social de una única contribución al hecho como la responsabilidad individual que de ahí se deriva, solo pueden ser determinadas en relación con la “red” que relaciona a los partícipes”. “Instituciones estatales criminalmente pervertidas”, así se las nomina en el marco de sistemas de injusto constituidos, a esta subespecie en la que su pertenencia se fundamenta a través de actos formales como funcionarios públicos de una determinada administración y se la adjetiva de “perversa”, puesto que se contrapone a la filosofía propia del Estado de Derecho, que formula el ideal de la actividad estatal y, de tal guisa, fundamenta expectativas respecto de la conducta tipo que han de observar los distintos funcionarios estatales (más fuertes en materia de seguridad, cuando se trata de efectivos militares y policiales). De tal manera, además, cuando la voluntad estatal está viciada — decisión expresa de accionar por fuera de la ley y en situación de ejercicio de un poder paralelo de facto, que en definitiva se “institucionaliza” con el golpe del 24 de marzo de 1976 —, se llega a considerar incluso inaplicable el principio de legalidad. Los altos mandos de las Fuerzas Armadas decidieron convertir a esa institución en un aparato organizado para un accionar criminalmente pervertido. El 24/03/76 convirtieron al gobierno del Estado en una institución criminalmente pervertida. Y agrega Ernst-Joachim Lampe con pleno acierto: “La predisposición de un sistema de injusto a cometer delitos (conforme a su carácter asocial o inicuo) conforma ya — inmediatamente — un injusto penal”.

Sobre el Estado criminalmente pervertido, añade Lampe que el mismo resulta merecedor de pena en cuanto se haya establecido; empero, no se verificaría una necesidad de pena hasta tanto sus funcionarios no se comporten criminalmente. Y subraya: “Las sanciones en el ámbito internacional solo se contemplan con motivo de las lesiones concretas de los derechos humanos o de las medidas contrarias a la paz; las personas individuales solo son perseguidas penalmente cuando han lesionado efectivamente bienes jurídicos protegidos por el derecho común. Y en este juicio, los hechos por los cuales se dicta condena, han constituido graves violaciones a los derechos humanos.

En una propuesta que se estima superadora de la teoría de dominio a través de un aparato organizado de poder de Claus Roxin, con más los aportes de Kai Ambos, y de la *conspiracy crime* — empresa criminal conjunta —, se alude a la teoría de la anticipación que sostiene que la organización criminal constituye un estado institucional favorecedor de los delitos concretos que se cometen en su marco; esto es, una forma de intervención anticipada. La organización delictiva aporta una doble garantía criminal: por un lado, asegura la pervivencia del riesgo generado por la actividad favorecedora de cada miembro y, por el otro, la conexión de tal riesgo (por sí mismo insuficiente) con los generados por las diferentes actuaciones favorecedoras de los otros miembros; todo ello, reduciéndolos a un hecho delictivo concreto. Pero no significa un adelantamiento de la punición ya que requiere la existencia de un resultado y tener conocimiento *ex ante* (dolo) por el reo.

Asimismo, el IMT (Tribunal de Nuremberg) exigió para condenar por la membresía de una organización declarada criminal, que el acusado haya estado personalmente implicado en la comisión de los actos criminales determinados por el art. 6 de la Carta de Londres. “Podrá fundamentarse, *prima facie*, un disvalor de la acción por la interacción. Sin embargo, y justamente, dicha interacción ha de consistir en el ejercicio efectivo (activo o pasivo) de un rol, y no de una mera adhesión o membresía a la institución”. “La esfera de responsabilidad del rol determina la importancia de la contribución personal al proyecto común...”.

**1.6 El fenómeno del “Estado de agencia”; alienación y sometimiento:** al analizar la forma en que los subordinados asumen la definición del “enemigo” que proponen los jefes de un aparato organizado de poder, señala Mario Pereira Garmendia (Responsabilidad por los delitos atroces, 2016) que en toda sociedad organizada se da en sus miembros una propensión a aceptar “definiciones de situación” brindadas por la autoridad [...] Esta sumisión ideológica ante la autoridad es lo que constituye la base cognoscitiva principal de la obediencia”.

Alude el citado autor al llamado “estado de agencia” en virtud del cual el sujeto se distancia a sí mismo de toda responsabilidad derivable del cumplimiento de las órdenes o instrucciones que ejecutare: “La consecuencia de mayor alcance de esta ‘mutación agéntica’, es que un hombre se siente responsable frente a la autoridad que lo dirige, pero no siente responsabilidad alguna respecto del contenido de las acciones que le son prescriptas por la autoridad”. Con cita del investigador Stanley Milgram, de la Universidad de Yale, en relación con la influencia de la autoridad respecto a los grupos sociales, se señala que cuando los individuos entran en una relación sujeta a un control jerárquico, queda suprimido el mecanismo que regula ordinariamente sus impulsos individuales, siéndole tal función cedida al componente de nivel superior. Se referencia asimismo a Sigmund Freud: “...el individuo renuncia a su ego idealista, sustituyéndolo por un cúmulo ideal incorporado en el líder”.

Se concluye diciendo que lo que se comprobó es que los actos de extrema crueldad no necesariamente son desarrollados y ejecutados por personas crueles, sino por hombres normales (con vidas normales, con pensamientos normales, con formación cultural normal) que buscan alcanzar el éxito en sus tareas normales; y que se explican por una fuerte conexión con su relación para con la autoridad; esto es, con nuestra normal y cotidiana estructura de poder. Se recuerda asimismo que Zigmund Bauman utiliza la metáfora de la ciénaga: cuanto más movimiento hagamos para salir de ella, más aumenta el poder de succión del sistema. Para esconder la suciedad hay que permanecer perpetuamente en el fango.

En el trabajo del referenciado investigador uruguayo Pereira Garmendia, se añade que deben ser considerados los efectos de “alienación” y “sometimiento” que se producen en una “institución inicua”, que pueden limitar el campo de acción del sujeto pero — en principio — no anulan su autodeterminación, ni su libertad de acción, ni su capacidad de motivación conforme a la norma penal, mas puede haber casos especiales de exculpación. Para agregar al respecto que tanto las apreciaciones doctrinales como la jurisprudencia observan una nota en común: una valoración — al menos a nivel intuitivo — dirigida como mínimo a atenuar la pena correspondiente a los responsables penales pertenecientes al estamento infra-estatutario.

**1.7 Campo estructurado de interacción colectiva:** en el marco de esa estructura inicua que conformaron los líderes de las Fuerzas Armadas en torno a un plan sistemático y generalizado contra una parte de la población civil por sus ideas políticas — según la “definición” de situación que ellos mismos concibieron —, con las características que implica la actuación de aquellos que forman parte en ese accionar colectivo, debemos analizar la intervención de los imputados en este juicio respecto a los hechos que han sido descriptos y su responsabilidad penal, tanto en lo que hace a la imputación objetiva, como en lo referido a la acción subjetiva de atribuírselos. Para ello, debemos considerar que la conducta en este tipo de delitos se fusiona con la acción de los demás intervinientes en un campo estructurado de interacción, conformando así un producto colectivo (aunque a la vez también sea propio). Tal aporte se realiza sabiendo que será utilizado por otros y que, a su vez, se hallaría teleológicamente direccionado hacia la finalidad criminal de la institución. La cuestión de si el sujeto ha adaptado o no su cumplimiento al plan delictivo de la institución, o la valoración de si el sujeto se ha comportado dentro del marco de su rol profesional, o si, por el contrario, ha incumplido una obligación genérica de solidaridad, se podrá verificar desde lo que se dé por probado que el sujeto supiera en el momento de realizar su comportamiento.

Debe quedar en claro que la llamada instrumentalización de otro puede darse tanto en los casos de déficit del ejecutor, es decir, los casos comúnmente aceptados por la doctrina como de genuina autoría mediata (dominio por error, dominio por coacción, utilización de inimputables para la ejecución del delito), sino también cuando el ejecutor actúa con una responsabilidad atenuada o bien directamente nos hallamos frente a un ejecutor plenamente responsable (casos denominados por lo general bajo el rótulo de “autor detrás del autor”).

Y respecto a los que cumplen funciones intermedias, dice el autor alemán Claus Roxin, quien expresó las características de las formas de autoría en los aparatos organizados de poder, que los que participan de cualquier actividad que impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria pueden ser considerados como autores. En idéntico sentido, se pronuncia la autora española Eva Fernández Ibáñez, quien alude a un dominio escalonado, es decir, acepta la posibilidad de una larga “cadena” de autores mediatos.

**1.8 No hay justificación en delitos atroces; atenuaciones de culpabilidad:** para evaluar con precisión el comportamiento de los imputados no podemos dejar de lado, más allá de eventuales atenuaciones por los efectos en el hecho individual concreto de la situación de obediencia debida — con mayor influencia en relación a la menor jerarquía en la estructura burocrática —, que en ningún caso puede ser justificada una conducta consistente en tomar parte en la ejecución de delitos atroces (genocidio o lesa humanidad), salvo supuestos muy excepcionales de estado de necesidad por coacción o coactivo, según lo nomina el art. 31 del estatuto de la Corte Penal Internacional. Señala Mario M. Pereira Garmendia que “el porqué del holocausto, lo halla Hannah Arendt en la naturaleza de la mente burocratizada; “generadora de un mundo sin consecuencias, portadora de información sin conocimiento (pleno), perpetradores descuidados que hacen aquello que se les ordena hacer y que lo hacen sin involucrarse personalmente en las consecuencias, sin compromiso ni atención a la terrible destrucción que están ejecutando. Ni sádicos ni perversos, terrible y aterradoramente comunes. Para agregar con precisión: Lo que está claro, en todo caso, es la existencia de un dolo directo respecto de toda la actividad colectiva, a la que él sumaba un aporte, es decir, conocimiento pleno del resultado. Lo imputable al sujeto es incorporar su capacidad de acción a la actividad común. La intervención pasa así a fusionarse con la conducta de todos los demás intervinientes en el acontecer conjunto (estructurado este campo en una interacción), conformando un producto colectivo (aunque, a la vez, también sea propio). Realiza un aporte sabiendo, ex ante, que será utilizado por otros y que, a su vez, se hallará teleológicamente direccionado hacia el cumplimiento de una finalidad criminal (inicia) de la institución”.

A todo efecto y sin perjuicio de la clara definición y tipificación de los delitos de lesa humanidad que recogieron pautas normativas ya vigentes — tipo normativo internacional que se ha configurado en los hechos debatidos —, en el Estatuto de Roma de 1998 se dejó incluido entre los “crímenes de guerra” al “hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente”. Ello, además, de plena conformidad con lo que ya se había establecido en la Carta de Londres de 1945, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea de la ONU el 9 de diciembre de 1948, y al día siguiente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en los estatutos de los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda. Se incluyeron también entre los “crímenes de guerra” el homicidio intencional, la tortura, dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, cometer actos de violación.

Y a título ilustrativo, para que no existan dudas sobre los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos pronunciamientos, cabe tener presente lo señalado en la sentencia del 24 de julio de 1988 en el caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, sobre “... el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato, representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida”.

Por otra parte, como bien dice el jurista argentino Daniel R. Pastor (en su “epílogo” a la obra de Kai Ambos, *Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana*, “el llamado derecho internacional de los derechos humanos, plasmado en pactos, convenios y tratados (CEDH, PIDCP, CADH, etc.) no es otra cosa que la internacionalización de los derechos constitucionales de las democracias occidentales”.

**1.9 Error de prohibición en allanamientos y detenciones:** a nuestro entender, debe quedar claro, como ya lo dijéramos en las consideraciones iniciales, que la orden de un gobierno constitucional — elegido por el voto del pueblo, sin proscriciones — de reprimir el accionar de agrupaciones políticas — en el sentido de buscar la toma del poder —, que habían optado públicamente por la lucha armada, resulta plenamente legítima. Y que para ello, era razonable apelar al poder policial y luego al militar del Estado, para preservar el orden constitucional que no prevé la usurpación del poder por la fuerza, en cualquiera de sus expresiones, regulares o irregulares. Así las cosas, en el marco de ese accionar represivo, hay acciones que resultan conforme a derecho; hay otras que pueden resultar formalmente ilegales o inconstitucionales — como los allanamientos en forma indiscriminada y detenciones consecuentes en idéntica forma —, pero no culpables para sus autores materiales, atento el tenor de la normativa militar u operacional militar o de seguridad vigente que mandaba a realizar tales conductas; y finalmente, otras absolutamente ilegales y delictivas, cuando se trata de realización de detenciones clandestinas, torturas, violaciones o abusos sexuales y homicidios. Todo ello sin dejar de tener presente que además en las normas militares se formularon conceptos de un mesianismo absoluto, cual es arrogarse la facultad de impedir que el comunismo conquiste la mente de la población — independientemente de lo que cada uno piense sobre tal concepción filosófico-política —, con lo cual se pretendió avasallar el derecho de libre pensamiento y a la libre acción política en el marco del sistema democrático de nuestra Constitución. Se consideraron los autores de tales prescripciones y propósitos del accionar militar, unos iluminados con supuesta capacidad de determinar las ideas de la población. Se trató de un planteamiento ideológico que no perdió tal carácter por el hecho de ser una concepción aberrante. En definitiva, no se limitaron a cuestionar las acciones militares por fuera de las Fuerzas Armadas regulares, sino que pretendieron determinar las ideas de los adversarios políticos.

De tal manera, lo que se sostiene es que muchos de los allanamientos pueden ser considerados fuera de las exigencias constitucionales y así también las consecuentes detenciones, sin siquiera una sospecha razonable y fundada de persecución de un delincuente o de la existencia de elementos materiales generadores de peligros concretos, pero ello no significa que exista la culpabilidad en los autores de tales hechos, por entender que por el rol que desempeñaban actuaron en error de prohibición inevitable sobre la plena vigencia de la normativa militar al respecto, suficientemente detallada en el requerimiento de elevación de la causa a juicio del Ministerio Público Fiscal.

Caben algunas reflexiones para fundar tal decisión que se estima guarda correspondencia con la realidad de los hechos conforme ha quedado acreditado por la prueba producida en la audiencia. Se acoge así para casos determinados, el acertado planteo de la defensa pública en el curso de su alegato final. Así, se considera que hay error de prohibición inevitable, en sentido jurídico, cuando el autor poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actividad hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa sanción (Córdoba, Fernando J. 2012. *La evitabilidad del error de prohibición*).

Las conductas que concretaron detenciones y allanamientos de domicilio, por aplicación de normativa vigente dictada por las autoridades superiores de las Fuerzas Armadas, resultan estereotipadas si se atiende al rol y a la situación de estado de sitio y represión estatal de organizaciones políticas armadas, que se había ordenado por un gobierno constitucional, sobre todo en el ámbito geográfico de la Provincia de Tucumán.

Según Gunther Jakobs, el error de prohibición no es de la incumbencia (competencia) del autor cuando su comportamiento manifiesta suficiente reconocimiento del derecho positivo o, lo que es igual, cuando satisfizo el rol de ciudadano fiel al Derecho, lo que incluye, en los ámbitos con acceso restringido, las exigencias del rol especial que ocupa. Y por estimar que resultan aplicables al caso, citamos: “Los alemanes consideran que, para la evitabilidad del error de prohibición, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta... Deben existir razones especiales para dudar de la confiabilidad de la información... En nuestra América Latina, el error de prohibición no excluye el dolo, pero excluye la culpabilidad y la pena si es inevitable”. Y se referencia a Achenbach, Individuelle Zurechnung: “el poder (de actuar de otra manera o en lugar de ello) no se establece en forma individual, sino que se imputa de la mano de expectativas de comportamiento que son experimentadas por la sociedad como legítimas”. Se agrega además que “desde una concepción funcionalista de la culpabilidad, el autor no debe ser considerado de un modo naturalista meramente como un hombre, sino socialmente como una persona, aludiéndose con esta expresión al portador de una máscara, de un rol social, según el antiguo significado de la palabra. El rol es un conjunto de comportamientos que se espera de una persona; es un haz de expectativas de comportamiento. Esas expectativas sociales, al menos las que interesan al derecho penal, son expectativas normativas”.

Resulta necesario para mayor fundamentación, subrayar que “la evitabilidad del error requiere que el autor haya tenido una razón para cuestionarse la licitud de su conducta, como un medio para obtener el conocimiento del ilícito”. Expresa J. A. Lesch: “Evitabilidad significa competencia por el error... Debe averiguarse, ante todo, siempre, si el conocimiento del Derecho forma parte del ámbito de responsabilidad de la persona que cometió el error, lo cual depende a su vez del ámbito normativo respectivamente afectado”. Una vez más, cabe una cita de Gunther Jakobs: “el error de prohibición es inevitable cuando el autor, en el momento del hecho, no disponía al menos de un resto de conocimiento normativo latente que pudiera ser actualizado y concretado por la motivación para adquirir conocimiento”. Y vale añadir: “Es imposible alegar error de derecho respecto a las normas fundamentales, salvo que el autor exhiba una socialización exótica. En cambio, sobre el margen de las normas fundamentales sí es posible un error y su evitabilidad también requiere un resto de conocimiento normativo actualizable. [...] El asesinato, la violación, la tortura y las golpizas son crímenes centrales en la legislación doméstica de todos los sistemas legales del mundo. Los guardias que actúan como bandas para violar y torturar a sus cautivos pueden haber esperado salir impunes, pero eso es distinto a que hayan tenido una expectativa razonable de impunidad”, afirma David Luban en “La legitimidad del Derecho Penal Internacional”. Debe tenerse presente además que la orden de allanar domicilios y detener a sospechosos, dispuesta por las máximas autoridades de las Fuerzas Armadas en normativa expresa para la situación de Tucumán, cuenta con una presunción general de validez que acompaña a todos los actos estatales. Los actos de la Administración se consideran legales por principio de juridicidad estatal. Se agrega además a ese respecto, que, el deber de verificar la ilicitud de la conducta solo nace en situaciones no estereotipadamente lícitas, y su medida la determina lo que es necesario y razonable exigir para asegurar el cumplimiento de las normas en el respectivo ámbito de regulación... El error de prohibición es inevitable cuando el autor satisface las exigencias de normal fidelidad al Derecho en la medida que le es exigible.

No parece razonable exigirle al personal subordinado, militar y de las Fuerzas de Seguridad, en las circunstancias del caso concreto (operativo ordenado y puesto en marcha durante la vigencia de un gobierno constitucional), procurarse más conocimiento respecto a las facultades para allanar o detener. Y ello porque dogmática y socialmente puede sostenerse con sensatez que, en el marco de situación de seguridad existente a la época, incluidas la decisión del gobierno nacional de combatir a las organizaciones políticas que llevaban adelante una lucha con armas y el estado de sitio vigente, no resultaba exigible una investigación sobre la validez de tales prescripciones.

En sentido análogo tiene dicho el Tribunal Supremo de España: el error de prohibición se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente (citado por Guillermo Yacobucci, en *El sentido de los principios penales*, 2017). Al considerar esta cuestión, agrega este jurista argentino: “La excepcionalidad de las circunstancias, la reducción del ámbito de disposición — que ubican al agente dentro de un marco de necesidad que lleva a extremos dilemáticos la decisión — torna inexigible otra conducta que la juzgada”.

Se recuerda en ese sentido un caso en que se imputaba el pago de un “impuesto revolucionario” a ETA y lo alegado en el sentido que el comportamiento fue producto del miedo insuperable a la amenaza recibida, en el que el Tribunal Supremo de España sostuvo que “el principio de inexigibilidad (o el de razonabilidad según prefieren catalogarlo algunos mirando al derecho angloamericano) constituye el fundamento de la exención. La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición”. Y Yacobucci cita también a Kurt Seelmann cuando alude a situaciones previas a ese umbral, que pueden actuar en la atenuación de la pena. Menciona como ejemplos un alto grado de “dependencia de estructuras sociales coactivas” — favorecedoras del delito — y hábitos condicionados por el entorno como fundamento de un patrón extendido en las proximidades del delincuente.

Lo dicho no afecta la culpabilidad en casos de torturas, violaciones sexuales y homicidios. Es que estas son las llamadas normas fundamentales — a diferencia de las normas de contenido disponible —, que son aquellas cuya derogación significaría un acto revolucionario, porque reflejan en su contenido las decisiones valorativas fundamentales de una sociedad. Y no es que la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la libertad no sean fundamentales, sino que a su respecto cabe apelar a la admisión de un error de prohibición en relación a estos casos en el cuadro de situación existente en Tucumán al momento de los hechos, como casos situados en los márgenes del ámbito regulado por la norma. Así, los intervinientes equivocadamente pensaron que, al cumplir con las prescripciones generales dictadas por los altos mandos militares, no eran alcanzados por la prohibición de allanamientos ilegales y detenciones arbitrarias.

Puede decirse entonces, en vista de las capacidades y factores condicionantes, que no han podido conocer que lo dispuesto por la normativa militar no neutralizaba la vigencia de la prohibición de los allanamientos y detenciones en la forma que ocurrieron. Entonces una vez que el autor ha satisfecho la carga de informarse en la medida que le era exigible, el error de prohibición conduce a la exculpación. La evitabilidad de la que se trata no consiste en una posibilidad fáctica de evitar el error, sino en una posibilidad relevante desde el punto de vista jurídico. En el caso, los subalternos cumplieron un rol específico y bajo órdenes concretas provenientes de sus superiores, vigente un gobierno legítimo, mediante disposiciones expresas y públicas que determinaban una concreta excepción a la prohibición genérica prevista para procedimientos ordinarios.

El estado de sitio y la movilización concreta de fuerzas de seguridad y del ejército en zonas predeterminadas como ocupadas por fuerzas ilegales, con el fin de aniquilar el accionar subversivo, dejándolo inerte para imposibilitar su accionar, constituyen una razón apta para no dudar de la licitud de los allanamientos y detenciones, pues en ese marco no existían razones especiales para dudar de la confiabilidad de las disposiciones emitidas.

En los supuestos que aquí se consideran, está presente el error de prohibición inevitable, como se ha venido analizando, que es lo que los autores y la jurisprudencia norteamericana nominan como “error razonable”; los franceses como “error invencible” (errores que cualquier *homme raisonnable et prudente* habría cometido en esas circunstancias); los alemanes como “inevitable” (cuando el autor carece de culpabilidad si no pudiera evitar su error sobre la prohibición legal) o “no negligente” para los soviéticos (George P. Fletcher, en *Lo justo y lo razonable*”, 2006).

Además, para subrayar los conceptos desarrollados precedentemente en el sentido de que el hecho se mantiene antijurídico, pero no le es reprochable a sus autores, agregamos con George P. Fletcher: “En las causas de exculpación no se habla de lo que es correcto o deseable en el acto, sino de la culpabilidad personal del autor. Estas causas vienen en consideración solamente cuando se ha decidido que el acto es inconveniente (errado o ilegal) y se pide por ello, excusa o disculpa. Si una causa de exculpación, como la enfermedad mental, la intoxicación involuntaria, la amenaza o el error de derecho, se aplica al caso; la incorrección del acto permanece inalterada. La exculpación solo implica que el autor no es personalmente culpable por el acto antijurídico o ilegal que ha realizado...”. Al desarrollar los supuestos de exculpación, George P. Fletcher agrega: “El análisis del error de derecho sigue el mismo modo de raciocinio hasta el punto de si alguien no sabe que su conducta es ilícita, difícilmente puede considerarse que tiene control sobre el acto ilícito que haya podido cometer”. Subraya, para que quede claro que no es algo que se resuelva discrecionalmente o que responda a un sentimiento de compasión: “Los acusados tienen un derecho a que los tribunales sigan las reglas legisladas, y en ese sentido tienen derecho a ser exculpados cuando así lo permita la regla legal”.

En los casos en que consideramos que ha habido error de prohibición en los militares y policías ejecutores de violaciones de domicilio y privaciones de libertad, ello no obsta a la autoría mediata en cabeza de los comandantes militares, porque ello se relaciona directamente con la superioridad de conocimiento que posee el sujeto de detrás sobre la configuración del hecho (Aboso, Gustavo Eduardo, *Los límites de la autoría mediata*, 2012). Y agrega este autor: “Lo importante es determinar si existió o no instrumentalización de un tercero que actúa bajo error para la realización del delito propuesto por el sujeto de detrás.

Según Gustavo Eduardo Aboso, “La fundamentación del dominio del hecho del hombre de detrás descansa sobre la provocación o la utilización del error de prohibición en cabeza del ejecutor sobre el contenido de lo injusto de su conducta, circunstancias que lo transforman en una herramienta en manos del sujeto de detrás para la realización del delito en particular. [...] Se aprecia autoría mediata en caso de error de prohibición en el accionar del ejecutor directo si este no conocía la antijuridicidad material de su conducta...”. Al margen de lo considerado hasta aquí, en los casos en que se han producido condenas por hechos de torturas y homicidios, la imputación a sus intervinientes con los diversos grados de participación respectivos, que han sido probados en función de las actividades cumplidas a partir de un rol determinado, se incluyen también las violaciones de domicilio y las privaciones de libertad, en su caso, ya que las secuencias habidas en los *iter criminis* estaban presentes en el dolo, con conocimiento y voluntad de realización. Y estos comportamientos formaban parte integral de un accionar ilícito clandestino con previsión de torturas y eventualmente asesinatos, con plena conciencia de la antijuridicidad y culpabilidad. Se trata en todos los supuestos de personas que parcial o total y directa o indirectamente desde la relevancia de sus roles han ocupado una parte central en el control del curso causal de los hechos. Existió un vínculo con la subjetividad de esas personas — los condenados en este juicio — conforme un ámbito de competencia reglado; esos hechos pueden considerarse legítimamente como obra suya en cuanto seres racionales.

Estas sanciones penales sirven para confirmar la vigencia de las normas de inviolabilidad del domicilio y de las personas, y de la prohibición de las torturas y de los homicidios, a pesar de que las conductas ilícitas que se han acreditado hayan puesto en crisis a tales normas, al plantear una configuración de la realidad contraria al significado que resulta emergente del orden normativo, según Günther Jakobs, en *Culpabilidad y prevención*, 1970). Las exigencias que este autor formula en cuanto a la relación del agente con su hecho, están cumplidas: 1) imputabilidad; 2) conocimiento de la realización del tipo y del injusto; y 3) exigibilidad de la observancia de la norma. No existió error invencible y la razón determinante de la comisión no ha sido por coacción o miedo.

En el ejercicio de su esfera de libertad, decidieron o realizaron, es decir, controlaron la violación de domicilio y el secuestro para ejecutar directa o a través de otros, torturas y, además, en algunos casos, asesinatos. Su aportación estuvo presente en el inicio y en el final de ese cruel *iter criminis*. Se encuentra absolutamente cumplida la exigencia de culpabilidad, como un presupuesto ineludible — aunque no suficiente — para la imputación de una pena que es la expresión fáctica más extrema del poder estatal. La culpabilidad es el conjunto de requisitos básicos e indisponibles que dan fundamento a la sanción. Se aplica la exculpación por error de prohibición inevitable a Ramón César Jodar y a José Ernesto Cuestas. También se aplica la exculpación por error de prohibición respecto a violaciones de domicilio y privaciones ilegítimas de la libertad, cuando esas imputaciones respecto a víctima determinada se limiten a eso y no guarden conexión causal con imputaciones de torturas, violaciones u homicidios en relación con la misma víctima. Es el caso de Sara Delicia Carrizo y Eliana Sánchez. No obstante, en el caso de la última de las mencionadas, cabe dejar constancia que, por un error material, se la incluyó entre las víctimas por las que fuera condenado Jorge Omar Lazarte respecto del delito de privación ilegítima de la libertad.

**1.10 Las acciones neutrales:** se entiende toda contribución no manifiestamente punible al hecho ilícito ajeno y debe ser considerada en el tipo objetivo. Para Günther Jakobs, en *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, o *Criminalización en el período previo a una violación de la ley*, si no hay violación de un rol socialmente establecido no hay por qué penar. La no punición de las acciones neutrales, la fundamenta también en el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (no se pueden castigar pensamientos). En consecuencia, el sentido criminal del comportamiento debe ser aprehendido con referencia exclusiva a la realidad externa. Hace falta una perturbación externa, objetiva (como la quiebra del rol) para estar autorizados a indagar datos subjetivos. Luis Greco considera defendible que se castigue a alguien cuando ese alguien sabe algo y no actúa del modo correspondiente, o sea, en presencia de datos subjetivos cognitivos. Circunscribe la limitación a los actos cognitivos, que no es algo que brota de la mente del agente, sino que guarda correspondencia con determinado estado de cosas de la realidad externa. Apunta que la prohibición de acciones nominadas como neutrales, en cuanto estereotipadas y que no implican una violación del rol social e institucional del sujeto, debe ser idónea para que sea punible y agrega que se podrá considerar idónea, si la no realización de la acción prohibida sirve de medio para alcanzar determinado fin. No es preciso que la no realización de la acción prohibida salve al bien jurídico; basta que ella mejore, de alguna manera, la situación de este.

Aplicados estos criterios dogmáticos, puede decirse que las conductas de Alfredo Alberto Svendsen como Jefe de la Compañía Comandos y Servicios del Comando de la V Brigada, fueron ajustadas al rol institucional que no implicaba por sí solo un comportamiento delictivo, no se ha probado que hayan creado un riesgo jurídicamente prohibido, toda vez que la prohibición de estas conductas sería inidónea para proteger la integridad personal y la vida de las víctimas de este juicio. Tales conductas no alcanzan siquiera el supuesto de complicidad por auxilio técnico. A mayor abundamiento, puede considerarse que tales conductas fueron socialmente adecuadas y cubiertas por un riesgo permitido. Los efectivos de la Compañía de Comandos y Servicios a su mando no realizaron acciones en el marco de la denominada lucha antisubversiva. Corresponde la absolución por la duda del imputado Alfredo Alberto Svendsen. No se han probado conductas suyas adaptadas para hacerlas encajar en un hecho delictivo simultáneo o posterior, mediante las cuales se hayan avenido a las peticiones de los autores de los delitos juzgados.

**1.11 Las acciones colectivas e individuales; la importancia de los roles:** en otra línea de desarrollo, que alude a los roles, se apunta como elemento determinante a la interacción en la obra colectiva con conocimiento suficiente acerca de la finalidad criminal que la institución tuviere como propósito y, con ese conocimiento, alcanza para la imputación con la indiferencia respecto al perjuicio a los demás, especialmente cuando se trata de torturas, abusos y violaciones sexuales, asesinatos. Lo imputable al sujeto es incorporar su capacidad de acción a la actividad común... La intervención pasa así a fusionarse con la conducta de todos los demás intervinientes en dicho campo (estructurado en una interacción), conformando un producto colectivo (aunque, a la vez, también sea propio).

El sujeto realiza un aporte sabiendo, ex ante, que será utilizado por otros y que, a su vez, se hallaría teleológicamente direccionado hacia el cumplimiento de la finalidad criminal (inicia) de la institución. Al tratarse de hechos irremediamente colectivos, lo que caracteriza esta casuística es la existencia de esa interacción que conlleva la previa integración de la acción individual en un campo de acción común, y de la que emergerá la responsabilidad individual de todos y cada uno de los sujetos que integran dicha institución. Entonces, la esfera de responsabilidad del rol determina la importancia de la contribución personal al proyecto común y deberá determinarse la capacidad de cada sujeto para hacer de su acción una colaboración para la creación de un riesgo penalmente relevante, la capacidad para ser interviniente en el delito. En ese marco, se transforman las acciones en una rutina, mecánica y altamente programada. Todo ello asimismo por la influencia del fenómeno de la sumisión a un control jerárquico, que suprime el mecanismo que regula ordinariamente los impulsos individuales, siéndole tal función cedida al componente de nivel superior. El principal axioma es: haz aquello que el hombre que está a cargo ordena.

Se tiene así, un campo estructurado de represión cruel e ilegal, con apartamiento de los canales legales y constitucionales, incluso de las normas de los convenios de Ginebra y La Haya conocidos como las leyes de la guerra, por entender que el foquismo guerrillero, su sorpresividad en los ataques o cualquier argumento similar, obligaba a la deshumanización de la lucha, a la tortura para aterrorizar y quebrar la moral de los enemigos, a cualquier abuso aunque implicara las conductas más ruines e inclusive el asesinato alevoso a personas indefensas y el ocultamiento de los restos para la eternidad. Cuando oficiales, suboficiales y agentes de las fuerzas militares y de seguridad compartieron ámbitos de competencia — mayor o menor —, sobre todos estos hechos en el marco de sus funciones y en sus espacios territoriales de acción, conocieron y quisieron la realización de esos hechos atroces. Les cabe entonces responsabilidad penal como autores o partícipes, según los casos y la relevancia de sus propios roles. En el análisis de esta compleja y dolorosa plataforma fáctica que se vivió en nuestro país y particularmente en nuestra provincia, nos introducimos ahora en la consideración de hechos que lesionaron bienes jurídicos esenciales: la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la libertad personal, es decir, lo que universalmente se refiere como el derecho penal nuclear, las normas que se conocen por la coexistencia en sociedad. Tales bienes fueron afectados mediante un aparato organizado de poder — las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Seguridad que les fueron subordinadas —, estructurado fácticamente a través de una “lucha no convencional” (la expresión es empleada por Adel Vilas en su manuscrito, cuaderno de prueba N° 3 de la Fiscalía), para la comisión de delitos de lesa humanidad, adecuadamente nominados en el orden internacional como “delitos atroces” (*atrocities crimes*).

Ernst-Joachim Lamp al analizar la fenomenología de estas situaciones de criminalidad colectiva, alude a “instituciones criminalmente pervertidas”, como subespecie de los sistemas de injusto constituidos. En este caso, militares, gendarmes y policías se apartaban de la conducta tipo que han de observar los funcionarios estatales. Y se agrega al respecto: tanto el peso social de una única contribución al hecho como la responsabilidad individual que de ahí se deduce, solo pueden ser determinadas en relación con la “red” que relaciona a los partícipes. Se trató de un aparato burocratizado jerárquicamente. Debe quedar claro que tales conductas de torturas, violaciones sexuales, secuestros clandestinos, homicidios, jamás pueden hallar legitimación en el Derecho positivo, puesto que este último resultaría (a su respecto) completamente nulo en la medida en que se halle en contra de la regulación hecha por normas de rango superior: Constitución, convenciones internacionales de los Estados implicados, normas de derecho consuetudinario internacional o de derechos humanos fundadas en el Derecho natural. La aseveración de que el ejecutor inmediato podría no reconocer los principios supraleales bajo los cuales someter su conducta, ignora el hecho de que las vulneraciones más graves de los derechos humanos son evidentes para la sensibilidad cognitiva en cualquier persona.

1.12 **Un estado institucional favorecedor de la comisión de delitos:** se considera como eje central la posibilidad de agregar a los análisis puramente jurídicos en relación con estas organizaciones delictivas, los aportes de otras disciplinas como la historia, la psicología y la teología — de allí la comparación con las “estructuras de pecado” —. Pereira Garmendia suma la teoría de la anticipación, que sostiene que la organización criminal es un estado institucional favorecedor de los delitos concretos que se cometen en ese marco; esto es, una forma de intervención anticipada. La anticipación de la punición a un momento anterior a la canalización de los aportes en un hecho delictivo concreto — los aportes individuales a la organización — se explica solamente si tales aportes favorecen los delitos proyectados (que pueden proyectarse sobre hechos concretos). Es decir: que evidencian un peligro para los bienes jurídicos penalmente tutelados por los tipos penales de los delitos proyectados; analizando dicho riesgo considerando la canalización que, de ellos, y de otros aportes, pudiere hacer la institución u organización delictiva... Así, la organización delictiva aporta una doble garantía criminal: por un lado, asegura la supervivencia del riesgo generado por la actividad favorecedora de cada miembro y, por el otro, la conexión de tal riesgo (por sí mismo insuficiente) con los generados por las diferentes actuaciones favorecedoras de los otros miembros; todo ello reconduciéndolos a un hecho delictivo concreto... Al analizar la concepción de las “estructuras de pecado”, se alude a la institucionalización de un régimen de poder — en este caso desde una parte del Estado — para el que algunos miembros de la sociedad pasaron a ser desconocidos como sujetos de Derecho, actuando la organización como estado institucional favorecedor de la comisión de delitos.

1.13 **Una reflexión adicional:** en un análisis de rigurosa actualidad, el docente colombiano Alejandro Aponte Cardona (“Responsabilidad indirecta y omisión impropia: desafíos centrales para la aplicación de figuras centrales en la persecución penal nacional de crímenes internacionales”), puntualiza que un dirigente puede ser responsable penalmente no solo por ordenar, instruir o solicitar realizar conductas delictivas a sus subalternos, o por fijar las políticas o planes criminales que estos han de obedecer en sus actividades — dentro del ámbito de mando y control de la organización — sino también por no haber tomado las medidas necesarias, conociendo y teniendo el deber de hacerlo, de prevenir y castigar desviaciones delictivas no autorizadas, *prima facie*, por sus mandos superiores. Se cita en el artículo, a Gerhard Werle, en el sentido que “los dirigentes militares son personas que dentro de una organización militar tienen poder de mando (*command*). El poder de mando consiste en tener la facultad efectiva, bien como competencia propia, bien como consecuencia de una posición fáctica, de influir mediante órdenes en la conducta del subordinado”. Se agrega que, para acreditar la existencia de un control efectivo, deben analizarse elementos probatorios idóneos; no hay que olvidar que puede existir control efectivo entre un superior de cualquier nivel o grado de la cadena de mando. En consecuencia, a tales dirigentes militares, cualquiera sea su nivel o grado de mando, les cabe responsabilidad por comisión o por omisión impropia o comisión por omisión, en cuanto ocupan una posición de garante de bienes jurídicos esenciales a partir de una competencia estatal — institucional —. Esta especial relación con el bien jurídico es la que también implica o establece el camino para deducir responsabilidad, en la posición de garantía.