

REGISTRO N° 16.032.4

YESICA Y. SIRCOVICH

PROSECRETARIA DE CÁMARA

//la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de noviembre de dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y el doctor Mariano H. Borinsky como Vicepresidente, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora Jesica Yael Sircovich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 328/344 de la presente causa Nro. 14.714 del Registro de esta Sala, caratulada: "**VIDELA, Jorge Rafael s/recurso de casación**", de la que **RESULTA:**

I. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en la causa Nro. 44.426 de su Registro (Expte. Nro. 14.216/2003 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad), el día 21 de diciembre de 2010 resolvió "**CONFIRMAR** la resolución impugnada en todo cuanto decide y fuera materia de apelación." (fs. 314/318).

II. Contra dicha decisión interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad el defensor particular del señor Jorge Rafael Videla, doctor Luis Eduardo Boffi Carri Pérez (fs. 328/344), los que fueron denegados a fs. 348/348 vta., fue concedido el recurso de casación por esta Sala tras la interposición de la vía directa correspondiente (Reg. Nro. 15.328.4, fs. 377/379).

III. El recurrente encausó sus agravios en los términos de los artículos 456, 457, 474 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

Comenzó su presentación realizando una breve síntesis de los antecedentes de estos actuados, en especial, acerca de las circunstancias que permitieron su inicio, los hechos que se le imputan y la situación procesal actual de su defendido.

Hizo referencias teóricas relativas a la valoración de la prueba.

Criticó que se adjudicara a su defendido los hechos imputados en calidad de autor mediato pues señaló, conforme a la evolución doctrinal que reseñó, que este título de atribución de responsabilidad no se compadece con la “teoría del dominio del hecho”. Expresó que ese título de responsabilidad no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico y que su aplicación acarrea la aceptación de la responsabilidad objetiva en el derecho penal.

Explicó que los hechos por los cuales se procesó al *supra* mencionado fueron extinguidos por la ley 23.492 de punto final y cuestionó la reapertura de las causas de lesa humanidad.

En esa dirección, cuestionó al tribunal *a quo* en cuanto no tuvo en consideración que los tratados internacionales son de aplicación irretroactiva pues, atento al art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna - conforme reforma constituyente de 1994-, aquéllos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por ella y, en consecuencia, no pueden modificar el Capítulo Único de la Primera Parte de la C.N.

En este punto adujo que no puede aplicarse retroactivamente el concepto de “delitos de lesa humanidad” y que “[t]ampoco se puede obviar el vacío legal de la tipificación y sanción penal con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta, cuya acción se encuentra prescripta, con un tipo del “derecho de gentes”, pues las conductas no son autónomamente punibles...” (fs. 342).

Por último, en atención a la prisión preventiva que viene padeciendo el procesado, su letrado patrocinante criticó dicha medida cautelar que le impuso el magistrado instructor y ratificó el tribunal *a quo*, ya que no se advirtió acerca de la situación jurídica que desde hace varios años viene atravesando Videla en relación, no sólo a esta, sino también a otras causas seguidas en su contra, de lo que se desprende que se ha superado sobradamente el plazo máximo previsto para esta medida de encierro, lo que vulnera la garantía de plazo razonable.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Habiéndose celebrado la audiencia de debate prevista en el artículo 465 bis, en función de los arts. 454 y 455 del C.P.P.N. (según ley 26.374), en la que la defensa técnica del imputado, mantuvo el recurso incoado y expuso sus fundamentos; luego de la deliberación, conforme lo establece el art. 455 en función del 396 del C.P.P.N., el tribunal está en condiciones de resolver.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. De manera preliminar, corresponde recordar que, al momento de hacer lugar al recurso de queja interpuesto por la defensa de Videla y conceder, en consecuencia, el recurso de casación que es objeto de estudio en esta oportunidad, propugné la admisibilidad de la revisión casatoria del auto de procesamiento pues, si bien esta parte ejerció su derecho al recurso -ya que se trata de un procesamiento confirmado por la Cámara de Apelaciones del fuero-, lo cierto es que se ha reconocido aptitud para provocar la intervención de esta Cámara a aquellas situaciones en las que existe el riesgo de frustrarse fatalmente derechos constitucionales invocados por quien recurre -resolución equiparable a sentencia definitiva-, en los que es misión de este Tribunal avocarse a su tratamiento conforme a los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los

precedentes “Girolodi”, “Álvarez” y “Di Nunzio”(Fallos: 318:514 y 319:585; J.A. t. 2005 - II, fascículo 11, respectivamente).

Ello sucede en casos como el de marras, especialmente a partir del surgimiento de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los riesgos procesales que corresponde analizar en causas en las que se investigan delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura. Es que la doctrina emanada a partir de los fallos “Vigo” (V. 261 L. XLV, del 14/09/2010) y “Pereyra” (P. 666 XLV, del 23/11/2010) genera que sea factible que los efectos propios del auto de mérito con prisión preventiva -entre los que están la privación de la libertad- no pueden ser suspendidos por otra vía que la intentada -la impugnación del auto de procesamiento con prisión preventiva - (confr. mi voto en causa N° 12.569, “Garbi”, registro Nro. 14.141.4, del 15/11/2010, entre otras).

En atención a ello, y toda vez que a fs. 377/379 del presente incidente se ha determinado, por mayoría, la admisibilidad del recurso impetrado, he de adentrarme a dar respuesta a las críticas introducidas por la defensa representada por el doctor Luis Eduardo Boffi Carri Pérez.

II. En primer lugar, trataré el agravio relativo a cuestionar la reapertura de las causas de lesa humanidad en la Argentina y a la alegada extinción de la acción penal en virtud de la ley de punto final (ley 23.492).

Al respecto, cabe recordar que ya he tenido oportunidad de dejar sentada mi opinión sobre algunas de las cuestiones relativas a las leyes de obediencia debida y punto final, y a la ley 25.779 -que las declaró insalvablemente nulas- que se reeditan en la presente causa, a cuyos fundamentos me remito (cfr. causa N° 5.023, “ALEMAN, José Ignacio y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, registro Nro. 7.641, del

14/07/06; causa N° 5.488, "RODRÍGUEZ VALIENTE, José Francisco s/recurso de inconstitucionalidad", registro Nro. 8.449, del 26/03/07).

Esa posición jurídica fue respaldada por el erudito voto de la Sra. Ministro Carmen Argibay en la causa "MAZZEO, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad"; M. 2333. XLII. del 13 de julio de 2007 (Fallos 330:3248); sin perjuicio de la pretérita, y no menos versada y fundada postura del Ministro Carlos S. Fayt en el multicitado caso "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.", S. 1767. XXXVIII, del 14 de junio de 2005 (Fallos:328:2056).

No obstante ello, dado que se trata de una postura definitivamente minoritaria, puesto que la Corte Suprema ha sido categórica en estos casos que fueron decididos por amplias mayorías, y lo mismo puede decirse de esta Cámara Nacional de Casación Penal, habré -por razones de economía procesal y sentido práctico para la mejor administración de justicia- de remitirme a la categórica jurisprudencia de la Corte (en igual sentido ver mi voto en causa N° 10.178 "COMES, César Miguel y otros s/recurso de casación", registro Nro. 14.688.4, del 29/03/11; causa N° 9673, "GALLONE, Carlos Enrique y otros s/recurso de casación", registro Nro.13969.4, del 30/09/10; causa N° 5.196, "MARENCHINO, Hugo Roberto s/recurso de queja", registro Nro. 9436.4, del 19/10/07; causa N° 8317, "MENÉNDEZ, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de queja", registro Nro. 9272.4, del 28/09/07; causa N° 8293, "YAPUR, Tamer s/recurso de queja", registro Nro. 9268.4, del 28/09/07).

Puesto que la parte no ha aportado nuevos argumentos que permitan apartarse de la doctrina judicial mencionada, el agravio no puede más que ser desechado.

III. En lo que sigue trataré el agravio de que no puede aplicarse retroactivamente el concepto de "delitos de lesa humanidad" y que

“[t]ampoco se puede obviar el vacío legal de la tipificación y sanción penal con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta, cuya acción se encuentra prescripta, con un tipo del “derecho de gentes”, pues las conductas no son autónomamente punibles...” (fs. 342).

Sobre ello, recordemos que el Máximo Tribunal ha reiterado en sendas ocasiones no sólo que la categoría de crímenes de lesa humanidad pertenece actualmente a nuestro derecho, sino que también lo hacía al momento de los hechos objeto de estudio (por lo que su aplicación no violenta la *ley previa*).

En oportunidad de resolver en las causas “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312) y en “Gualtieri Rugnone de Prieto” (Fallos: 322:1769), el Máximo Tribunal expresó que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

En la causa “Simón” (Fallos 328:2056), el Máximo Tribunal calificó a hechos análogos a los aquí investigados como de “lesa humanidad”. Especificó que *“... ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e*

internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)."(conf. CSJN - Fallos 328:2056, pp. 2056).

Al expedirse en la causa "Derecho" (Fallos: 330:3074) la C.S.J.N., remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, expresó que *"...la categoría que hoy cuenta con una codificación penal (el Estatuto de Roma) y un cuerpo jurídico de interpretación en constante crecimiento, es también el producto de una evolución histórica que, al menos desde la segunda guerra mundial, ha incorporado con claridad las graves violaciones de los derechos humanos cometidas a través de la actuación estatal en el catálogo de delitos de lesa humanidad"*. Así, la suprema corte entendió que en la época de los delitos imputados, hechos como los aquí investigados, se encontraban claramente prohibidos como crímenes de lesa humanidad y que la codificación más moderna –el Estatuto de Roma– no ha restringido el espectro de lo aceptado como crímenes de lesa humanidad.

Es de suma relevancia resaltar la doctrina emergente de la causa "Derecho", en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha predicado la condición de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de esos delitos en normas imperativas del derecho internacional no contractual fruto de la evolución experimentada a partir de la finalización de la segunda Guerra Mundial, que vinculaban al país al momento de los hechos (conf. C.S.J.N. causa "Derecho" D. 1682. XL, del 11 de julio de 2007, remitiendo al dictamen del Procurador General de la Nación).

Hasta aquí he mostrado por qué no se viola el principio de irretroactividad de la ley penal al aplicar la categoría de "lesa humanidad" a los hechos investigados.

Respecto a la segunda parte del argumento de la defensa, en el sentido de que “[t]ampoco se puede obviar el vacío legal de la tipificación y sanción penal con una remisión a la legislación penal ordinaria” he de señalar que los delitos por los que se encuentra imputado Videla son todos pertenecientes a nuestro derecho doméstico. Esto es así puesto que los tipos penales vigentes en la legislación argentina al momento de los hechos investigados ya preveían la prohibición y pena de las conductas por las que el nombrado se encuentra imputado. No obstante, eso no quita que esos delitos (los prescriptos en el derecho doméstico) puedan ser catalogados como de lesa humanidad.

IV. En este punto trataré el agravio expuesto por la parte en relación con el título de atribución de responsabilidad adjudicado a Videla. Recuérdense que Videla se encuentra imputado como autor mediato de los hechos investigados y que la defensa arguyó que “...es inaceptable...que se adjudique una 'autoría mediata', por 'dominio del hecho', puesto que esos elementos no están contemplados en nuestro ordenamiento jurídico” (fs. 329 vta.). Además, y en idéntica dirección, se agravio de la supuesta inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento imputado y el resultado, lo que acarrearía responsabilidad objetiva.

En lo que sigúe explicaré porque habrá de descartarse este agravio de la defensa.

a. Concepto de autoría mediata por aparato organizado de poder: Es autor mediato quien actúa mediante la utilización de un agente que actúa como un mero instrumento. Esta clase de autoría se proyecta en la estructura bifrente de un autor detrás de un ejecutor. La idea fundamental consiste en que, al tomar al dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, existen tres formas distintas en las que un suceso puede ser dominado sin que el sujeto dominador tenga que estar presente al momento en el que el hecho es ejecutado: el dominador puede obligar al ejecutante,

puede engañarlo, o puede dar una orden en el marco de un aparato organizado de poder, *“el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución”* (conf. Roxin, Claus, *La autoría mediata por dominio en la organización*, en *Revista de Derecho Penal* 2005-2, Rubinzal Culzoni, página 9). La coacción o el engaño no es necesaria en esta última clase de autoría mediata porque el aparato de poder organizado tiene a su disposición a eventuales ejecutantes de la orden en caso que un individuo particular se niegue a ejecutarla. Esta fungibilidad del autor directo es la que otorga el dominio del hecho al autor mediato, puesto que no necesita de una persona determinada para que su orden sea cumplida, ya que ella será irremediablemente ejecutada por alguna –cualquiera– persona. De esta manera, el autor directo –aunque responsable del cumplimiento de la orden en el sentido jurídico-penalmente relevante– se convierte en un mero instrumento para el autor mediato, quien puede sustituirlo inmediatamente de ser ello necesario. Esta circunstancia genera que aquél que imparte la orden tenga absoluto dominio del hecho –recuérdese, a riesgo de ser repetitivo, que la negación del autor directo de ejecutar la orden no implicará su inejecución, sino que él será inmediatamente sustituido por alguien dispuesto a ejecutarla–. Si definimos como autor a aquel que tiene dominio sobre el hecho, la inclusión del supuesto en estudio dentro del concepto de autor es innegable.

En sentido coincidente con lo expuesto, Stratenwerth sostiene que *“... hay un caso límite en el que, de todos modos, se debe atribuir al que obra por detrás la calidad de autor mediato, aunque el que obra en forma inmediata domine sin limitación alguna el suceso concreto: es el caso del delito organizado a través de un aparato de poder ... Aquí aparecen los ‘autores de escritorio’ que en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso porque,*

al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del ‘aparato’ en la ejecución del hecho. Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no se necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás (Stratenwerth, G, Derecho Penal, Parte General I, Ed. Di Plácido, 2da. Edición, Bs. As, 1999, pág. 242).

Explica la doctrina argentina que “[e]n este supuesto, el agente actúa como factor decisivo en una estructura compleja, regulada y jerárquicamente organizada, en la que, a medida de que se desciende desde el factor decisivo (el también llamado ‘hombre de arriba’) hacia quienes funcionan como ejecutores de propia mano, la identidad de los factores va perdiendo relevancia para la definición del hecho. Al menos en un punto de jerarquía los factores son totalmente fungibles” (Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo; *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, página 204).

En este tipo de autoría, al existir libertad en el instrumento que actúa—sin coacción o error—, lo fundamental es el mecanismo funcional del aparato en el que los autores inmediatos ejercen su acción. Una organización de estas características posee una vida independiente de la cambiante composición de sus miembros, y funciona sin estar referida a la persona individual de los conductores (conf. mi voto en la causa N° 9822, “Bussi”, registro Nro. 13.073.4 del 12/03/2010).

b. Aplicabilidad en el derecho argentino:

En el ámbito interno, la doctrina ha reconocido la aplicabilidad en el derecho argentino del instituto de la autoría mediata por aparato organizado de poder. El reconocido jurista y actual magistrado de nuestra Suprema Corte, E. R. Zaffaroni, explica que el Código Penal Argentino incluye no sólo el concepto de autor que surge desde cada uno de los tipos

penales y del que se obtiene por aplicación del dominio del hecho (como dominio de la propia acción), sino también los casos de dominio funcional del hecho, en la forma de reparto de tareas (coautoría por reparto funcional de la empresa criminal) y de dominio de la voluntad (autoría mediata) (conf. artículo 45 del Código Penal). Este último concepto de autor –explica el notable jurista– engloba al caso de quien se vale de otro para realizar el tipo penal. Una forma particular de autoría mediata consiste en el dominio por fuerza de un aparato organizado de poder –en la que el instrumento no obra, ni por error, ni por coacción, ni justificadamente– (Zaffaroni, E.R. y otros, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As, 2000, págs. 745/747).

Nuestro país ha sido sin lugar a dudas pionero y líder en el juzgamiento de los responsables de las Fuerzas Armadas que inconstitucionalmente ejercieron la conducción del Estado, por establecer un aparato de poder ilegítimo y desmedido que controlaba de principio a fin el curso de los acontecimientos y dar las órdenes que llevaron a la comisión de delitos por parte de sus subordinados. En ese juzgamiento, la jurisprudencia aplicó el instituto de autoría mediata por aparato organizado de poder.

El 9 de diciembre de 1985, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal dictó sentencia en la causa N° 13/84 en la que, por primera vez, se aplicó el instituto en estudio. En esa causa se realizó el conocido juicio a las Juntas Militares que se orientó a deslindar la responsabilidad penal de los ex Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y en la que resultaron condenados Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 316: 1689).

Luego de remarcar la aplicación al caso del Código de Justicia Militar, los jueces hicieron incapié en su artículo 514, el que disponía: *"Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden"*. Los magistrados interpretaron que, al establecer que en los delitos cometidos en la ejecución de una orden de servicio el único responsable era el superior que la había dado, la ley estaba dando a éste el carácter de autor, ya que no puede haber delito sin autor, y concluyeron que la ley adoptaba un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar. Sobre la base de estas consideraciones, los jueces concluyeron que, dado que en el ámbito militar las órdenes se cumplían de modo cierto, el art. 514 del Código de Justicia Militar consagraba legislativamente un supuesto de autoría mediata.

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

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

concluyeron que los hechos bajo análisis se subsumían en el artículo 514 del Código de Justicia Militar, que preveía un supuesto de autoría mediata para quien ordenaba a su subordinado la comisión de un delito.

Posteriormente, los miembros del tribunal pasaron al estudio de ese título de atribución de responsabilidad. Explicaron que *“[l]a forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de la voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios”*. Se concentraron en el supuesto específico en el que coexiste la autoría mediata con un ejecutor responsable, y señalaron que, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de voluntad a través de un aparato organizado de poder. *“Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total”*.

Entendió el tribunal que el dominio de quienes controlaban el sistema sobre la consumación de los hechos que habían ordenado era total, pues si había algún subordinado que se resistía a cumplir, era automáticamente reemplazado por otro que sí lo hacía (y, entonces, el plan no podía ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeñaba el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria).

Por último, los jueces analizaron qué pasaría si, en vez de aplicarse el art. 514 del ordenamiento militar, se decidiera juzgar el caso a la

luz de las disposiciones del Código Penal y concluyeron que no habría diferencias (sería de aplicación la regla de autoría mediata prevista en el artículo 45 del Código Penal).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó –aunque con algunas modificaciones– la resolución de la Cámara Federal. El fallo de la Corte Suprema fue firmado por cinco jueces. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt conformaron la mayoría, pero cada uno votó según sus propios fundamentos. Los restantes jueces, Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, votaron en disidencia.

Los jueces Caballero y Belluscio consideraron que la interpretación que había realizado la Cámara respecto del artículo 514 del Código de Justicia Militar era incorrecta y modificaron el título de atribución de responsabilidad de los procesados al de participación necesaria. En relación con el artículo 45 del Código Penal, criticaron que la Cámara hubiera admitido la coexistencia de la autoría mediata con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato-. Sin embargo, esta posición quedó en absoluta minoría.

El Dr. Fayt, al igual que la Cámara Federal, entendió que los procesados habían sido autores mediatos de los hechos investigados. Señaló que *“ese dominio del curso de los acontecimientos por el superior limita el campo de decisión autónoma del subordinado y reduce a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la solicitud o ilicitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas”*. *“Que se está ante una forma de autoría mediata claramente diferenciada del dominio basado en el error. El ejecutor, para el que tiene el dominio de la acción, es una figura autónoma e intercambiable. Una rueda en el engranaje del*

aparato". "No se trata del hombre que está atrás sino del superior, del que ocupa el cargo de mayor jerarquía, el que está en la cúspide de la pirámide. El no induce ni castiga. Dispone, decide, manda, con la seguridad de ser obedecido".

Luego, el juez Fayt explicó que la legislación argentina recepta la autoría mediata en el artículo 514 del C.J.M., cuando considera exclusivamente responsable al superior en algunos casos, y junto a sus subordinados en otros, en oportunidad de cometerse un delito en ejecución de un acto de servicio. A su vez, señaló que también la autoría mediata está contemplada en el artículo 45 del Código Penal, que al regular la participación castiga como autores a los que hubieran "determinado a otro".

Los jueces Petracchi y Bacqué, al igual que Fayt, entendieron que el título de atribución de responsabilidad que habían utilizado los miembros de la Cámara Federal era correcto, por lo que confirmaron la responsabilidad de los procesados como autores mediatos.

En primer lugar, los jueces explicaron que no podían adentrarse en el análisis del artículo 45 del C.P. por ser ésta "*una cuestión de orden común irrevisable en la instancia extraordinaria*" (en virtud del artículo 15 de la ley 48). Sin embargo, Petracchi y Bacqué abrieron el recurso respecto de la interpretación del artículo 514 C.J.M. por considerar que "*la vigencia del estado de derecho y la conciencia jurídica alcanzada por la sociedad argentina constituyen razones suficientes*".

Los jueces señalaron que para el funcionamiento de la estructura militar resultaba indispensable el mantenimiento de la disciplina y, por tanto, de la estricta obediencia por parte del subordinado de las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto del servicio, limitando la posibilidad de inspección del mandato recibido (artículo 675

C.J.M.) y sancionando la falta de obediencia (arts. 667 y 674 C.J.M.). Los magistrados concluyeron que esta circunstancia justificaba plenamente la atribución de responsabilidad a título de autor de quien diera la orden, en aquellas hipótesis en que el ejecutor actuara amparado por la causal de obediencia debida.

Indicaron como una característica relevante de esta forma de aparición de la autoría mediata, *“el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho sepuede producir”*. *“Ello así toda vez que otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del autor, quien no opera individualmente sino como un engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura, pues aun cuando uno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará”*.

En conclusión, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió –al confirmar la decisión de la Cámara Federal porteña en la causa 13/84– que el instituto de la autoría mediata por aparato organizado de poder está prevista en el derecho argentino.

Luego de este impulso inicial, el instituto de la autoría mediata por aparato organizado de poder fue aplicado en distintas causas en las que se investigaron delitos de lesa humanidad.

Por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Plata en la causa N° 2251/06, aplicó el mentado instituto en la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006. En ese caso se analizó la responsabilidad penal de Miguel Osvaldo Etchecolatz, Director General de Investigaciones de la Provincia de Buenos Aires entre el 5 de mayo de 1976 y el 28 de febrero de 1979, por hechos cometidos en el último gobierno de

facto de la Argentina. Se tuvo por acreditado que el nombrado cumplió *“un rol clave dentro de la estructura represiva ilegal montada desde la Jefatura de Policía y conocida como ‘Circuito Camps’, ya que a partir de allí se manejaban los distintos centros clandestinos de detención donde iban a parar las personas secuestradas, y allí eran torturadas y algunas ejecutadas, todo esto estaba dentro del área operacional 113 a cargo de autoridades militares”*.

En esa ocasión, en cuanto al grado de participación que se atribuyó a Etchelolatz en los delitos imputados, salvo aquellos en los que intervino personalmente resultando coautor de los mismos, el tribunal entendió que resultaba de aplicación la concepción del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizarlo como autor mediato. Para así decidir, el tribunal se valió de la sentencias dictadas en la causa 13 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Sala Primera de esta Cámara de Casación confirmó la sentencia descripta, argumentando a favor de la aplicación del instituto de la autoría mediata en el derecho argentino (causa N° 7896, “Etchecolatz”, registro Nro. 10.488.1, del 18/05/07).

En la causa “Bussi” el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán condenó, en lo que aquí interesa, a Domingo Bussi y a Luciano Benjamín Menéndez en virtud de haber sido autores mediatos de los delitos de violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad agravada, imposición de tormentos agravada y homicidio agravado por alevosía. El Tribunal tuvo por probado que el 24 de marzo de 1976 personal de las fuerzas del Estado ingresaron al domicilio de Guillermo Claudio Vargas Aignasse, lo secuestraron. Este grado de atribución de responsabilidad fue

confirmado por esta Sala en la causa N° 9822, “Bussi” (registro Nro. 13.073.4 del 12/03/2010).

En la causa “Menéndez” el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba condenó, en lo que aquí interesa, a Luciano Benjamín Menéndez y a Hermes Oscar Rodríguez, por los delitos de privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tormentos agravada y homicidio calificado, en grado de autores mediatos. Dicho grado de participación fue confirmado recientemente por la Sala Tercera de este Tribunal en la causa N° 9896 de su registro (1253/10 del 25/08/2010).

En la causa "Comes y Mariani" el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de esta ciudad, en la causa Nro. 1.170-A de su registro, condenó, en lo que aquí interesa, a Hipólito Rafael Mariani y a César Miguel Comes por privación de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada, en grado de coautores mediatos. Dicho grado de participación fue confirmado por este Tribunal en la causa 10.178 de nuestro registro (registro Nro. 14688.4 del 29/03/11).

A la luz de las consideraciones expuestas, parece existir consenso en la jurisprudencia argentina respecto a la posibilidad de aplicar el instituto de la autoría mediata en el derecho penal argentino.

En este caso puntual, en el que es de aplicación el Código Penal, el artículo 45 de ese digesto adopta absoluto protagonismo, incluyendo dentro de la frase *“los que tomasen parte en la ejecución del hecho”* a los autores mediatos. Siendo que una lectura literal del citado artículo permite incluir en su contenido a los supuestos de autoría mediata (el autor mediato toma parte en la ejecución del hecho en el sentido literal de los términos), y que la doctrina y jurisprudencia argentina son contestes en permitir la aplicación de la autoría mediata en el derecho penal argentino,

concluyo que los autores mediatos por aparato organizado de poder son responsables en virtud del artículo 45 del Código Penal.

V. En lo que respecta a la prisión preventiva, he de señalar, en primer lugar, que el cómputo de la prisión preventiva debe realizarse en cada causa en particular, pues la mencionada medida cautelar se relaciona con los riesgos procesales propios de una causa determinada.

Respecto a la pretendida aplicación del derogado artículo 7 de la ley 24.390, ya he tenido oportunidad de señalar que tanto la ley 24.390 como la 25.430, en tanto regulan los institutos de la prisión preventiva y la excarcelación, tienen carácter instrumental (conf. causa N° 12.158, "VIDELA, Jorge Rafael s/recurso de casación", registro Nro. 13681.4, del 13/07/2010; causa N° 3778, "BERNASCONI, Hernán Gustavo s/recurso de casación", registro Nro. 4774.4, del 3/04/2003; causa N° 2982, "DUARTE, Andrés s/ recurso de casación", registro Nro. 3744.4, del 09/11/2001). Es un principio reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como regla general, las normas de naturaleza procesal resultan de aplicación inmediata a los procesos en trámite (Fallos 220:1250; 312:251; 310:2845; 312:466). Por ello, no rige para ellas el principio de la aplicación de la ley más benigna (Fallos 220:1250; de esta Sala registro 4774.4).

Por otro lado, entiendo que el tribunal *a quo* ha fundado la restricción preventiva de la libertad del imputado en una clara peligrosidad procesal, en concordancia con los parámetros que sostuve en mi voto en la causa "CHEMES" (Causa Nro. 10.354, Reg. 11.635.4, rta. el 21/04/09).

En la causa N° 12.651 "Rezett" (registro Nro. 13.968 del 13/09/2010), traje a consideración el fallo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación suscribiera el 14 de septiembre de 2010, en la causa "Vigo, Alberto Gabriel s/causa N° 10.919" (V. 261, L. XLV), en el que se

pronunció respecto a este *thema decidendum*. Llamé la atención respecto a la altísima relevancia de este precedente, puesto que los lineamientos que habían ya emergido de la jurisprudencia de la mayoría de los tribunales del país y de los dictámenes de la Procuración General de la Nación –los que eran atacados en su constitucionalidad– fueron avalados por nuestro Máximo Tribunal –último intérprete de la Constitución Nacional–.

En el fallo “Vigo” al que me vengo refiriendo, el Máximo Tribunal –remitiéndose al dictamen de la Procuración General de la Nación– abrió la queja que fuera oportunamente presentada por el Ministerio Público Fiscal, haciendo lugar al recurso extraordinario interpuesto y dejando sin efecto la resolución de la Sala II de esta Cámara de Casación por medio de la cual se había concedido la excarcelación bajo caución personal a Alberto Gabriel Vigo, imputado por delitos de lesa humanidad.

Para tomar esta decisión, la suprema corte tuvo especialmente en cuenta las características particulares de los delitos imputados en las causas en las que se investigan delitos de lesa humanidad cometidos en el marco de la última dictadura militar que sufrió el país y enfatizó “...*el especial deber de cuidado que pesa sobre magistrados...para neutralizar toda posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación en casos como el aquí considerado*”. Avaló –en el marco del análisis de la legalidad de la restricción preventiva de la libertad de un imputado de delitos de lesa humanidad– la ponderación de “*la conducta previa del imputado (desempeño bajo su órbita de mando de un grupo de poder paralelo, que desarrolló tareas de modo clandestino, con utilización de alias, modalidad delictiva centralmente estructurada en la destrucción de rastros y actuación corporativa posterior para perpetrar la impunidad)*”. También hizo alusión a la referencia respecto a “*la notoria desaparición del testigo*

Julio López y a otros casos recientes de maniobras que ponen en peligro la conclusión regular de los procesos por los delitos caracterizados en el art. 10, inc. 1º, de la ley 23.049...". Y explicó que "...esas referencias apuntalan la afirmación de que sería ingenuo desconocer que las estructuras de poder que actuaron con total desprecio por la ley en la época de los hechos, integrando una red continental de represión ilegítima, todavía hoy mantienen una actividad remanente. Y que la libertad del imputado...facilita claramente la posibilidad de que recurra a ellas para eludir u obstaculizar la acción de la justicia"

Dicha doctrina judicial fue receptada luego en numerosos precedentes de nuestro máximo tribunal [por ejemplo, en causa "Pereyra" (P. 666 XLV, del 23/11/2010; y "Otero" (O. 83. XLVI, del 01/11/2011); entre muchas otras].

El tribunal *a quo* tuvo expresamente en cuenta la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que hago referencia, haciendo alusión específica a *"la posición que ocupó Videla como Comandante en Jefe del Ejército y como tal, ubicado en la cúpula cadena de mandos que entretejió todo un sistema de represión que se montó sobre la más absoluta clandestinidad..."* (fs. 317 vta.), fundamentando la existencia de riesgos procesales en la causa.

En lo que refiere a la alegada irrazonabilidad de la detención cautelar fundada en la violación a los plazos fijados por la ley de Plazos de la Prisión Preventiva (ley 24.390), y por lo señalado precedentemente, advierto -al igual que los jueces de la instancia anterior- que, al momento de la resolución, no se habían cumplido aún los plazos fijados en la ley 24.390, por lo que no corresponde el tratamiento del agravio.

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación intentado, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

El señor juez Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. La admisibilidad del presente recurso se encuentra sellada, pues esta Sala –con una integración parcialmente diferente a la actual– hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la defensa de Jorge Rafael Videla y concedió el recurso de casación que corresponde revisar en esta oportunidad (causa N° 13.633, “Videla”, registro Nro. 15328.4, del 12/08/2011). II. Adentrándome al fonde de la cuestión traída a estudio, comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas en el voto de mi distinguido colega Gustavo M. Hornos, pues advierto que las críticas de la defensa no poseen entidad para conmover la resolución impugnada. Por ello, adhiero a la solución propugnada en el voto que lidera el acuerdo.

Existiendo concordancia de opiniones, no resultó necesaria la desinsaculación de un tercer magistrado en reemplazo del doctor Mariano González Palazzo quien cesó en sus funciones -Acordada 8/11 de esta Cámara- (artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Por ello, el tribunal

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 328/344 por el doctor Luis Eduardo Boffi Carri Pérez, asistiendo a Jorge Rafael Videla, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.)

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente remítase la causa a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa N°14-714 -SalaIV -
"VIDELA, Jorge Rafael
s/recurso de casación"

Ante mi:

YESICA Y. SIRCOVICH

PROSECRETARIA DE CÁMARA