

# TEXTO DE LA SENTENCIA DE NULIDAD DE LOS INDULTOS A GRAL. VIDELA Y AL ALMTE. MASSERA CON RELACIÓN A LA CONDENA EN LA CAUSA 13/84

Causa n° 13/84 "Incidente de inconstitucionalidad de los indultos dictados por el decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional".  
Registro de la Secretaría General n° 02/07/P

Buenos Aires, 25 de abril de 2007.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que se inicia la incidencia en virtud de la presentación efectuada por la Sra. Alicia Palmero -en representación de la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos- y el Dr. Rodolfo Yanzón - por la Liga Argentina por los Derechos del Hombre-, con el patrocinio letrado de la Dra. Mónica González Vivero.

Las pretensiones de los nombrados consisten en que este Tribunal a) los constituya en parte querellante en estas actuaciones; b) declare la inconstitucionalidad parcial del decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 2741/90, a través del cual se indultó las penas aplicadas en autos respecto de Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini y c) retrotraiga el trámite de este proceso al momento anterior al dictado del decreto cuestionado e imprima a las presentes actuaciones el régimen procesal prescripto por la ley 29.984 y, consecuentemente, las disposiciones de la ley 24.660.

Para dar acabada respuesta a cada uno de los requerimientos efectuados se analizarán a continuación las cuestiones relativas a la admisibilidad de la presentación y a la competencia de este Tribunal para intervenir en el caso (punto II), al rol que corresponde asignarles a los presentantes en función a las disposiciones legales que rigen la actuación de la víctima en la etapa de ejecución (punto III), a la regularidad constitucional del decreto presidencial cuestionado y a los alcances de un pronunciamiento al respecto (punto IV) y, finalmente, a la ley adjetiva que corresponde aplicar al caso (punto V).

II.a. Una presentación similar a la que ahora motiva la formación del presente incidente fue realizada en estas actuaciones por Rosa Graciela Castagnola de Fernández Meijide el 19 de febrero de 1991. En la ocasión, y con base en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación emergente de Fallos 307:1457 y 313:1392, este Tribunal rechazó la solicitud de Fernández Meijide pues "no resultan admisibles los planteos articulados por particulares damnificados contra decretos de indulto del Poder Ejecutivo Nacional" (fojas 32.299 del principal).

En el marco de actuaciones regidas por el Código de Justicia Militar los particulares damnificados se encuentran sometidos a las normas del procedimiento que tal ordenamiento impone. Éstos sólo pueden, según la interpretación que el Alto Tribunal argentino realizó de los artículos 100 bis y 146 de ese cuerpo legal, "...indicar medidas de prueba, solicitar que se les notifique la sentencia o la radicación de la causa en la Cámara Federal y, en la medida en que cumplieran con este último requerimiento, interponer el recurso previsto por el art. 445 bis ante la Cámara Federal". La Corte también consideró "...que podrían pedir que se les notificase de la sentencia a dictarse, lo que importaría su legitimación para recurrir ante ésta por la vía del artículo 6° de la ley 4055, de mediar razón para ello" (considerando 4° de Fallos 313:1392, antes citado).

Si bien entonces esta última circunstancia -relativa a la inadmisibilidad de este tipo de planteos por parte de particulares damnificados en causas regidas por la ley castrense- obligaría al Tribunal a rechazar las pretensiones de los presentantes, existen aspectos que actualmente no sólo avalan el ingreso de esta Cámara a conocer en la cuestión en estudio, sino que la obligan a pronunciarse al respecto.

En efecto, existe una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y que consiste en investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos (punto sobre el que se vuelve en profundidad en el apartado IV.c.1 de este pronunciamiento). Este deber, a su vez, no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. En casos de vulneraciones graves de derechos fundamentales la necesidad imperiosa de evitar la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido.

Al respecto, es doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las autoridades estatales deben actuar ex officio y sin dilación una vez advertido el incumplimiento de esta obligación (con relación a estas últimas afirmaciones, ver Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú, del 25 de noviembre de 2006 -específicamente párrafos 256, 344, 347 y ccs.).

Por lo expuesto, más allá de la legitimación procesal de los resentantes para hacer este tipo de planteos, habida cuenta del alcance que la Corte Interamericana le ha otorgado a la obligación internacional de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1 y 2 de dicho Tratado), lo cierto es que este Tribunal, en tanto órgano alcanzado por la obligación a la que se sujetó el Estado argentino, debe conocer en el asunto como forma de hacer cesar un eventual incumplimiento del deber internacional señalado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por otra parte, avala la idea de que los órganos jurisdiccionales efectúen declaraciones de inconstitucionalidad sin necesidad de petición expresa de parte interesada. (Fallos 327:3117).

b. Aceptada entonces la obligación de erradicar todo eventual incumplimiento del deber de garantía que le asiste al Estado argentino, vale aclarar ahora -aunque sea mínimamente- por qué es este el Tribunal que debe conocer en el caso para cumplir con tal objetivo. En este sentido, e independientemente de lo que en definitiva vaya a decidirse a lo largo de este pronunciamiento respecto de la ley procesal a la que corresponde sujetar estas actuaciones de aquí en adelante, lo cierto es que el hecho de haber asumido el conocimiento y dictado sentencia en este proceso (de acuerdo con las facultades que confiere el último párrafo del artículo 10 de la ley 23.049) es la circunstancia a partir de la cual debe concluirse que es competencia de esta Cámara efectuar el análisis constitucional del decreto de indulto que impidió el completo cumplimiento de las penas se le impusieron a los condenados de autos.

### III. Rol procesal de las víctimas.

En relación con el pedido de Graciela Beatriz Daleo y Ana María Martí -relativo a que se les otorgue carácter de querellantes en autos-, este Tribunal no puede sino rechazarlo. En este sentido, y sin perjuicio del legítimo interés de las nombradas, ni la ley castrense ni la ley procesal nacional -cuya aplicación al caso será desarrollada posteriormente- contemplan la actuación de un acusador privado en la instancia de ejecución de la sentencia condenatoria (artículos 84, 90, 490 y 491 del C.P.P.N.).

### IV. El decreto de indulto n° 2741/90.

#### a. El juicio a las Juntas Militares.

Previo a ingresar al análisis de las pretensiones de los presentantes, haremos un breve repaso del origen y sustanciación de estos actuados.

Los hechos que se investigaron en la conocida causa 13/84 (originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en virtud del decreto presidencial n° 158/83) deben enmarcarse en el ámbito criminal de la alegada lucha contra el terrorismo vigente durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional. Este Tribunal ya se ha pronunciado respecto al origen y características del plan clandestino y sistemático de represión desarrollado por las Fuerzas Armadas -con la colaboración de las Fuerzas de Seguridad-, a partir del derrocamiento del gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón. Por ello, no reiteraremos todo aquel detalle en su totalidad, sino que sólo nos detendremos en las circunstancias que importan una mejor comprensión del caso en estudio.

En efecto, en la sentencia con la cual culminó la investigación desarrollada en esta actuaciones (fojas 28.270/29.848 del principal) esta Cámara afirmó que "...la estructura legal y operativa montada de acuerdo con el sistema de normas reseñado precedentemente permite afirmar que el gobierno constitucional contaba, al momento de su derrocamiento, con los medios necesarios para combatir al terrorismo".

En virtud de considerar que los organismos policiales y de seguridad resultaban incapaces de

enfrentar el fenómeno terrorista acontecido en 1975, el gobierno constitucional de entonces construyó una estructura normativa a través de la cual, entre otras cosas, se creó el Consejo de Seguridad Interna para asesorar y proponer al Presidente de la Nación medidas necesarias para la lucha contra la subversión. A partir de ese mismo marco dispositivo, se encomendó a las Fuerzas Armadas la ejecución de las operaciones militares y de seguridad necesarias para aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país (ver decretos 2770/75, 2771/75 y 2772/75).

Estas estipulaciones generales fueron reglamentadas, primeramente, por la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa (15/10/1975) -con la cual se instrumentó el empleo de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, con la idea de utilizar simultáneamente todos los medios disponibles en la lucha contra la subversión-.

Específicamente en lo atinente al Ejército, su Comandante General dictó la directiva n° 404/75, reglamentaria del punto 8 de la Directiva del Consejo antes mencionada. A través de ésta se mantuvo la organización territorial dispuesta por el Plan de Capacidades para el año 1972 (PFE-PC MI72), que dividía el territorio nacional en cuatro zonas de defensa -1, 2, 3 y 5- que coincidían con los límites jurisdiccionales de los Cuerpos del Ejército identificados con esos mismos números. La zona de defensa 4, cuyos límites coincidieron con la jurisdicción territorial de la Guarnición Militar Campo de Mayo, quedó a cargo del Comando de Institutos Militares.

Al respecto, esta Cámara afirmó que si bien esta política legislativa adoptada por el gobierno constitucional había resultado suficiente para afrontar el fenómeno subversivo (a las normas antes mencionadas corresponde agregar la sanción de la leyes 20.642 y 20.840), el gobierno militar -tras el derrocamiento- y en lugar de usar en plenitud tales poderes, prefirió implementar un modo clandestino de represión.

Entonces, tras la usurpación por la fuerza del gobierno nacional por las autoridades militares, comenzaron -de modo generalizado en el territorio nacional- las privaciones clandestinas de la libertad de personas. Como características comunes de este obrar criminal se ha determinado que: a) los secuestradores eran integrantes de las fuerzas armadas, policiales o de seguridad que adoptaban precauciones para no ser identificados; b) en el secuestro solía intervenir un número considerable de personas fuertemente armadas; c) las autoridades de las referidas fuerzas con jurisdicción en el lugar solían estar avisadas del secuestro, apoyando -incluso- en ocasiones el obrar de esos grupos armados; d) los secuestros frecuentemente se realizaban por la noche en los domicilios de las víctimas y, en determinados casos, también se sustraían los bienes físicos de las viviendas; e) las víctimas del secuestro eran posteriormente trasladadas en vehículos a centros clandestinos de detención, donde eran ocultadas y generalmente, torturadas; f) algunos de los detenidos fueron posteriormente liberados, otros puestos a disposición de las autoridades competentes, desconociéndose el destino final del resto (un desarrollo más completo y pormenorizado de las consideraciones hasta aquí formuladas se encuentra en los capítulos VII, VIII, IX y X del Considerando Segundo de la sentencia antes mencionada).

La sustanciación de estas actuaciones se orientó a deslindar la responsabilidad penal por los hechos antes descriptos de los ex Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas. El personal subordinado a ellos resultó investigado en procesos posteriores. En efecto, resultaron imputados de esta causa los integrantes sucesivos de las tres primeras juntas militares del llamado Proceso de Reorganización Nacional; estos son: Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola, Omar Domingo Rubens Graffigna, Armando Lambruschini, Leopoldo Fortunato Galtieri, Jorge Isaac Anaya y Basilio Arturo Lami Dozo.

Graffigna, Galtieri, Anaya y Lami Dozo resultaron absueltos de culpa y cargo, mientras que los restantes procesados fueron condenados. Específicamente, el 9 de diciembre de 1985, este Tribunal condenó a Videla a las penas de reclusión perpetua, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, accesorias de destitución y pago de las costas; a Massera a prisión perpetua, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, accesorias de destitución y pago de las costas; a Agosti a cuatro años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, accesorias de destitución y pago de las costas; a Viola a diecisiete años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, accesorias de destitución y pago de las costas; y a Lambruschini a ocho años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, accesorias de destitución y pago de las costas.

Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que -con el voto de la mayoría- modificó la participación que les cupo a los nombrados en los hechos investigados, estableciendo que resultaron ser partícipes necesarios y no autores mediatos. Asimismo, mantuvo las penas impuestas, excepto en lo atinente a Roberto Eduardo Viola y Orlando Ramón Agosti, a los que se les redujo únicamente la pena de prisión a dieciséis años

y seis meses, y tres años y nueve meses, respectivamente (Fallos 316:1689).

El 29 de diciembre de 1990, el entonces Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, indultó estas penas a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini.

Como fundamentos de tal decisión se dijo que "...la necesidad de que el Poder Ejecutivo Nacional... realice una última contribución para afianzar el proceso de pacificación en que están empeñados los sectores verdaderamente representativos de la Nación..." y "...crear las condiciones y el escenario de la reconciliación, del mutuo perdón y de la unión nacional...".

Esta es la medida presidencial, entonces, cuya inconstitucionalidad debe ser analizada.

b. Situación de los condenados indultados.

Tras la formación de este incidente se solicitó, por intermedio del Ministerio de Defensa, a las distintas fuerzas donde los indultados prestaran servicios, información actualizada respecto de la situación de cada uno de ellos.

La información remitida en consecuencia (constancias de fs. 21, 22, 37, 46/7, 52 y 76) permite corroborar, por un lado, que Roberto Eduardo Viola, Armando Lambruschini y Orlando Ramón Agosti fallecieron con fecha 30 de septiembre de 1994, 15 de agosto de 2004 y 6 de octubre de 1997, respectivamente.

A su vez, pudo determinarse que se declaró la incapacidad sobreviniente de Emilio Eduardo Massera. Esto ocurrió en el marco de los procesos que se le siguen al nombrado ante los Juzgados n° 1 y 7 del fuero -y es en virtud de esta circunstancia que se suspendió el trámite de las actuaciones y se le concedió su libertad provisional-. El mismo temperamento se adoptó respecto de Massera el titular del Juzgado n° 12 del fuero, dependencia en la cual tramita un exhorto remitido por autoridades alemanas.

Jorge Rafael Videla, por su parte, se encuentra actualmente detenido, con prisión domiciliaria, a disposición del Juzgado Federal n° 7. En tales actuaciones se investiga la responsabilidad penal que pudo haberle cabido al nombrado en el denominado "Plan Cóndor".

En razón de lo expuesto cabe concluir que el presente pronunciamiento sólo alcanzará a la situación de Jorge Rafael Videla y a la de Eduardo Emilio Massera.

Con relación a este último vale tener en cuenta que la incapacidad sobreviniente que se le decretó en otras causas en las que se encuentra sometido a proceso no es motivo para excluirlo de los efectos de esta decisión. Es decir, y aún si -por hipótesis- se debiera declarar en estas actuaciones la incapacidad de Massera, las disposiciones que rigen la etapa del proceso en que quedaría situada esta causa ante una eventual declaración de inconstitucionalidad del decreto 2741/90 -ley cuya aplicación será tratada en el punto V de esta pronunciamiento- específicamente contemplan la ejecución de la pena en establecimientos especiales de carácter asistencial médico y psiquiátrico para tal tipo de supuestos (artículo 176 y ss. de la ley 24.660).

c. Regularidad constitucional del decreto de indulto 2741/90.

Adentrándonos al fondo de la cuestión, de inicio debe recordarse que constituyeron un antecedente importante previo a la sanción de la ley 25.779 -por la que se declararon insanablemente nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final-, aquellas decisiones judiciales de primera y segunda instancia que, en la necesidad de adoptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias de la comunidad internacional en materia de derechos humanos, declararon de ningún efecto las leyes de impunidad (c. 8686/00, "Simón Julio y otro s/ sustracción de un menor de diez años", rta. el 6/3/01, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4 de esta ciudad y c. 17.889, "Incidente de apelación de Simón Julio", rta. el 9/11/01, reg. 19.192 de la Sala II de este Tribunal).

A su vez, y con posterioridad a la sanción de la ley 25.779, ambas Salas de esta Alzada declararon la irregularidad constitucional de indultos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, de similares características al presente (ver en tal sentido Causa n° 36.773 "Suarez Mason y otros s/inconstitucionalidad de indultos Dec. 1002/89 y 2746/90", Reg. n° 228 del 1/04/05, de la Sala 1ra. y Causa n° 22.544 "Vañek, Antonio y Torti, Julio s/inconstitucionalidad", Reg. n° 23.944 del 8/07/05 de la sala 2da.).

En tales oportunidades, el análisis efectuado por el Tribunal se circunscribió a determinar la regularidad de tales indultos desde un aspecto formal y otro material. En torno al primero, se estudió la facultad presidencial de indultar a personas aún sometidas a proceso. Con respecto

al segundo, se analizó esta facultad presidencial pero a la luz de las características de los hechos perdonados.

Dado que la cuestión a resolver en el presente se ciñe a determinar la validez de indultos que afectaron a personas condenadas, se descarta ahora el tratamiento de los aspectos formales de la materia y se centra el análisis en la posibilidad que detentaría el Poder Ejecutivo Nacional para dictar indultos respecto de hechos de las características de los investigados en autos.

1. Así, en primer lugar, se evaluará si el dictado del decreto n° 2741/90 del P.E.N. impidió cumplir con obligaciones internacionales anteriormente asumidas por nuestro país convencionalmente.

Esta Cámara ha dicho en reiterados pronunciamientos que los delitos cometidos por los agentes estatales en el contexto del sistema clandestino de represión implementado por la dictadura militar que usurpó el poder en el período 1976-1983, a la luz del derecho de gentes, deben ser considerados como crímenes contra la humanidad (cfr. Sala I, causas nro. 30.514, "Massera s/excepciones", Reg. 742, del 9 de septiembre de 1999; nro. 33714 "Videla, Jorge R. s/procesamiento", Reg: 489, del 23 de mayo de 2002, y sus citas, n° 36.253 "Crespi, Jorge Raúl y otros s/ falta de acción y nulidad", Reg: 670, del 13 de julio de 2004; y Sala II Causa Nro. 17.889, del 9 de noviembre de 2001, Reg: 19.192 y sus citas).

Así, y de acuerdo a los compromisos contraídos por nuestro país frente a la comunidad internacional, corresponde determinar si surge la obligación de perseguirlos y sancionarlos.

Para ello, debe ponderarse que a la época del dictado del decreto aquí analizado, existían normas de rango supra legal que permitirían cuestionar su validez, pero luego de la reforma constitucional de 1994, se torna imperiosa la necesidad de debatir si los crímenes contra la humanidad, pueden ser perdonados por parte de algunos de los poderes del estado a través de actos propios.

A dichos fines, resulta imprescindible establecer el lugar jerárquico que ocupan los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

De tal modo, y si bien la Constitución Nacional reformada en el año 1994 dispuso expresamente que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22), ello ya había sido reconocido con anterioridad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar en el caso "Miguel Angel Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich" (Fallos 315:1492). En el considerando 17 del voto de la mayoría se dijo: "Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19 Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional)". También la Corte utilizó otro argumento derivado directamente del derecho internacional: "Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados --aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980-- confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno" [...]. "Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'" (considerando 18°).

Se sostuvo, además: "...la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27" (consid. 19).

Conforme a lo expuesto entonces, puede afirmarse que las obligaciones internacionales derivadas de los tratados deben prevalecer frente a cualquier norma de derecho interno.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada por el Congreso Nacional el 1.º de marzo de 1984, mediante la ley 23.054), impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Tratado.

Tales prescripciones sobre los deberes de "respeto" y "garantía", por una parte, y la existencia de "remedios efectivos" como medios para asegurarlos, por otra, se han reconocido como el fundamento de la obligación de la persecución de las violaciones a los derechos humanos (ver en similar sentido, causas "Suarez Mason..." y "Vaňek...", antes mencionadas, con cita de Ambos, Kai, "Impunidad y Derecho Penal Internacional", Ad. Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 75 y ss.).

Sobre la obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos protegidos por la Convención, se ha afirmado: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Velázquez Rodríguez", sentencia del 19 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafos 166 y 167).

De lo expuesto se advierte entonces que, como medios para asegurar esa garantía, se establecen los deberes de prevención, investigación y sanción de las conductas que vulneren derechos reconocidos; y, por otra parte, que no resulta suficiente la declamación de esa garantía, sino que se exige al Estado la eficacia en su ejercicio.

Asimismo, en cuanto a los alcances de las obligaciones derivadas de la Convención, es menester señalar que la Corte Interamericana sostuvo que "el deber general del estado incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías [...]. En el Derecho de Gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general de cada Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio effect utile). Esto significa que el estado debe adoptar las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2º de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La última tentación de Cristo", rta. el 5/02/2001, serie "C", n° 73, párrafos 85 y 87, citado por la Sala I del Tribunal en causa n° 36.253 "Crespi y otros s/falta de acción y nulidad" reg. 670 del 13/7/2004).

Por otra parte, en cuanto al deber de sancionar toda violación a los derechos humanos, la Corte sostuvo: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho Internacional de los Derechos Humanos" (caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2002).

Dicho organismo, reiteró el alcance de la obligación que emana del artículo 2 de la Convención en el caso "Bulacio", afirmando que el cumplimiento del deber allí establecido implica la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una

violación a los derechos y garantías que resguarda el tratado, y además, la promoción de normas y prácticas que guíen a cada Estado Parte hacia el cumplimiento cabal de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Bulacio vs. Argentina", fallado el 18/09/2003).

En este mismo sentido, con respecto a la amnistía general dictada en Chile -a través del decreto ley n° 2191- que alcanzó a todos los responsables de "hechos delictuosos" (entre los que se encuentran delitos de lesa humanidad) cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, la Corte recientemente explicó que, dada su naturaleza, tal norma "...carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos... ni para la identificación y castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile" (Caso Almonacid Arellano y otros. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n° 154).

De acuerdo con todo lo expuesto hasta aquí, la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al Estado argentino el deber de investigar y penalizar las violaciones a los derechos humanos. Además se ha establecido el deber de garantizar la efectividad de dicha obligación.

A iguales conclusiones puede arribarse si se avalúan las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso de la Nación el 17 de abril de 1986 mediante la ley 23.313, que entró en vigor para nuestro país el 8 de noviembre de 1986), pues las obligaciones que de allí se derivan para los Estados Parte, son análogas a las ya analizadas (Conf. Artículo 2 del citado Pacto).

Al respecto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señaló: "... se deriva del artículo 7º, leído juntamente con el artículo 2º del Pacto, que los Estados deben asegurar una protección efectiva a través de algún mecanismo de control. Las quejas por mal trato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser considerados responsables y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una compensación" (HRC, General Comment n° 7, Doc. ONU. CCPR/C/21 (19/5/1989), y reiterado en General Comment n° 20, par. 13 y ss.. Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add. 3 [7/4/1992]).

Por otra parte, dicho Comité manifestó: "El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de Obediencia Debida y la ley de Punto Final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto"(ver "Human Rights Committee, Comments on Argentina, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.46 [1995], en inglés el original).

Entre sus "Principales Temas de Preocupación" el Comité incluyó: "El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención de personas extrajudicialmente, incluyendo niños. El Comité expresa su preocupación de que el indulto como así también las amnistías generales puedan promover una atmósfera de impunidad por parte de los perpetradores de violaciones de derechos humanos provenientes de las fuerzas de seguridad. El Comité expresa su posición de que el respeto de los derechos humanos podría verse debilitado por la impunidad de los perpetradores de violaciones de derechos humanos".

Sentado lo anterior, a juicio del Tribunal, aparece clara la contradicción del decreto 2741/90 con las normas internacionales invocadas y la precisión que respecto de sus alcances efectuaron los organismos mencionados, al menos, en lo relativo al deber de penalizar o sancionar a los autores de crímenes contra la humanidad.

Ello por cuanto, las obligaciones que de allí se derivan quedarían desvirtuadas si, luego del dictado de sentencia definitiva -una vez investigadas, comprobadas y dictada la respectiva sanción por las graves violaciones a los derechos humanos, como las que oportunamente se ventilan en estas actuaciones- se concediera el perdón.

Nótese que en este caso el dictado del decreto en estudio impidió que Videla y Massera cumplieran con las sanciones penales que le habían sido impuestas como responsables de crímenes contra la humanidad. En efecto, y a pesar de que éste fue condenado a reclusión

perpetua, en virtud del decreto 2741/90, recuperó su libertad cuando cumplía aproximadamente cinco años de pena privativa de la libertad.

Ante tal circunstancia, e insistimos, cuando ya se ha despejado toda duda en torno al carácter de graves violaciones a los derechos humanos que detentan los delitos por los que se responsabilizó a Videla y a Massera, la medida aquí cuestionada estaría generando la "atmósfera de impunidad" expresada con preocupación por los organismos internacionales.

Desconocer la validez del indulto en cuestión, a su vez, evitaría una eventual responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Sólo resta efectuar una última aclaración. El hecho de que los tratados internacionales analizados a lo largo de este apartado hayan entrado en vigor con posterioridad a la comisión de los hechos que se investigan en autos en nada obsta su aplicación a la cuestión en estudio -tal como pretende la defensa de Videla-.

En este punto nos hemos encargado de demostrar que los deberes de garantía que imponen los tratados enumerados comprenden la obligación de investigar toda posible lesión de bienes protegidos por tales tratados, individualizar a los individuos responsables de tales lesiones, someterlos a juicio y, eventualmente, sancionarlos. Si bien puede pensarse válidamente que estas obligaciones son todavía preexistentes a estas disposiciones internacionales, lo cierto es que nuestro país contrajo estos deberes de garantía inexorablemente con la entrada en vigor de las Convenciones señaladas.

En consecuencia, prescindiendo de la fecha de comisión de los crímenes contra la humanidad que se investigaron en autos, y siendo que el Estado argentino se encontraba definitivamente imposibilitado de retraer -incluso parcialmente- el poder punitivo respecto de estos hechos con anterioridad al dictado del indulto cuestionado, de ningún modo puede postularse en este caso una aplicación retroactiva de los tratados de derechos humanos mencionados. Esto es, los indultos fueron dictados con innegable posterioridad al momento en que el Estado argentino se obligó a no perdonar crímenes de esta naturaleza.

En este sentido, sostiene Marcelo Ferrante que "...la afirmación de que las leyes de 'Punto Final' y 'Obediencia Debida' y los indultos presidenciales violaron los deberes de garantía surgidos de la CADH y del PIDCP no importa asignar a sus cláusulas valor retroactivo: la materia de lo ilícito -en el sentido de contrariedad con las disposiciones de estos tratados- es, pues, esa retracción del poder punitivo y no las lesiones cuyos autores se beneficiaron con la impunidad concedida" (ob. cit., pág. 419, y en sentido similar, Marcelo A. Sancinetti, "Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial", Lerner Editores, Buenos Aires, 1988, pág. 129, -específicamente- nota n° 47).

2. Resta agregar a los argumentos arriba expuestos una circunstancia más que hace que los indultos dictados en favor de Jorge Rafael Videla y Eduardo Emilio Massera resulten incompatibles con lo que manda nuestra Carta Magna.

Cabe recordar, en primer lugar, que históricamente el instituto del indulto tuvo por finalidad reparar situaciones injustas, en supuestos de delitos menores pero que no obstante tenían previstas amenazas punitivas elevadas y, por lo tanto, en la práctica generaban castigos desproporcionados en relación al contenido disvalioso de la conducta reprochada; estando vedado para crímenes de mayor gravedad como, verbigracia, los homicidios.

En tal sentido, vale remontarse a los orígenes mismos de nuestra nación, oportunidad en que la Soberana Asamblea General Constituyente de los Pueblos Libres de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en la sesión del 8 de febrero de 1813, dispuso exceptuar del indulto general a los reos decretado anteriormente por el propio Cuerpo, entre otros delitos, el de resistencia armada a la justicia, el de lesa patria, y el homicidio que no sea casual o en defensa propia (conf. Ravignani, Emilio; Asambleas Constituyentes Argentinas, Tomo I, Ediciones del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1937, pág. 9).

Esta gracia, entonces, resulta aplicable para los casos de delitos leves dentro del catálogo previsto por el compendio de ilícitos del ordenamiento normativo, pero que no obstante su autor sufra una sanción penal elevada comparada con hecho efectivamente concretado. Estas últimas circunstancias, claro está, no se dan en el contexto de autos.

Ahora bien, como ya se dijera antes, los hechos ilícitos que fueron pesquisados en el marco de las presentes actuaciones fueron llevados a cabo en el contexto del sistema clandestino de represión implementado por la dictadura militar que usurpó el poder entre 1976 y 1983. Puede afirmarse que ellos representan aquellos actos cuya naturaleza define el artículo 29 de la Constitución Nacional y, como tales, resultan insusceptibles de ser amnistiados.

En tal sentido, al dar tratamiento a los recursos extraordinarios interpuestos en estas actuaciones, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Petracchi y Bacqué, expusieron en el considerando 6) de su voto, que: "... el art. 29 de la Constitución Nacional sanciona con una nulidad insanable aquellos actos que constituyan una concentración de funciones, por un lado, y un avasallamiento de las garantías individuales que nuestra Carta Magna tutela, por el otro. La finalidad de la norma ha sido siempre impedir que, alegando motivos de urgencia o necesidad, el Poder Ejecutivo asuma facultades extraordinarias y la suma del poder público, lo que inevitablemente trae aparejada la violación de los derechos fundamentales del hombre libre, que la propia Constitución Nacional garantiza. El gobierno llamado Proceso de Reorganización Nacional, invocando razones de aquellas índole, usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos" (Fallos 309:1689).

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 234:16) que una ley de amnistía que en su contenido comprendiera el delito previsto por el artículo 20 (ahora 29) de la Constitución Nacional carecería de validez dado que sería contraria a la voluntad superior de la propia Constitución (ver en igual sentido Sala I causa "Suarez Mason...", ya citada, y Sala II, Causa n° 21.961 "Incidente ordenado por la Cámara Nacional de Casación Penal en Causa n° 8686/00, Reg. 23.243 del 16 de diciembre de 2004, ambas con cita del dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Sebastián Soler).

De esta doctrina surge entonces un límite a la facultad de amnistiar que corresponde al Poder Legislativo, pues no podrá perdonar actos que impliquen la concesión de facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.

Pero además, esa limitación al poder de dictar amnistías que corresponde al Poder Legislativo, se extiende a quienes hayan ejercido las facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Ello por cuanto la prohibición contenida en el citado artículo 29, está dirigida a la protección del individuo contra el ejercicio totalitario del poder derivado de la concentración de funciones (En igual sentido ver causa "Suarez Mason...", con cita de causas nro. 8.057, "Fernández, Marino A. y Argemi, Raúl s/tenencia de arma de guerra", Sala I, fallada el 4 de octubre de 1984; y nro. 3438, "Rolando Vieira, Domingo Manuel y otros s/infracción arts. 189 bis y 292 del Código Penal", Sala II, fallada el 6 de marzo de 1985).

Para comprender el alcance de lo afirmado, válido es traer a colación lo expuesto por la doctrina al respecto: "Cualesquiera que fuesen los límites del art. 29 de la Const. Nacional en su relación con el más estrecho art. 227 del Cód. Penal -en lo que se refiere a la descripción y punición de la 'conducta típicamente prohibida'-, en cualquier caso el Congreso carecería de facultades para amnistiar el ejercicio de la suma del poder público, el ejercicio en definitiva del poder tiránico, en la medida en que en este ejercicio fueran cometidos delitos por los que 'la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaran a merced de los gobiernos o persona alguna', Por ende, cuando los actos ejercidos por el poder omnímodo fuesen delictivos conforme a la ley penal por su propia configuración (homicidios, asesinatos, torturas, privaciones de la libertad, etcétera) sería imposible amnistiarlos" (Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, "El derecho penal en la protección de los derechos humanos", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 282/3).

Lo afirmado, se sustenta en la doctrina de Fallos 247:387, conforme a la cual "... corresponde declarar que los beneficios de la ley 14.436 no son extensivos a delitos como el que motiva las presentes actuaciones, ya que el art. 29 de la Const. Nacional -que categóricamente contempla la traición a la patria- representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías". La mencionada ley concedía una amnistía amplia y general para todos los delitos políticos, comunes conexos o militares conexos, cometidos hasta la promulgación de la misma, que comprendía los actos y los hechos realizados con propósitos políticos o gremiales, o cuando se hubiera determinado que bajo la forma de un proceso por delito común, se encubrió una intención persecutoria de índole política o gremial.

Finalmente, no está demás aclarar que todo lo dicho respecto de las limitaciones de facultad legislativa de dictar amnistías es trasladable a la prerrogativa presidencial de indultar. En este sentido, vale nuevamente traer a colación lo afirmado sobre el punto por Sancinetti: "... de resultas de la doctrina de Fallos, 234:16 y de la de fallos, 247:387, los delitos cometidos como derivación del ejercicio de la suma del poder público -por los que '...la vida el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna' (art. 29 Const. Nacional)- son insusceptibles de amnistía. Y si el Congreso Nacional no puede

amnistiar tales hechos por el contenido material de los hechos mismos, entonces, mucho menos podrá indultarlos el Poder Ejecutivo. Este, en efecto, no podrá indultar ni la concesión de la suma del poder público concretada por los legisladores, ni los delitos cometidos por el Ejecutivo en el ejercicio de tal poder proscrito..." (ob. cit., págs. 282/3).

En síntesis, el artículo 29 de la Constitución Nacional impide que las Legislaturas (nacional y provinciales) concedan a los Ejecutivos (nacional y provinciales) supremacías en virtud de las cuales la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden al arbitrio de un gobierno o una persona.

Una válida interpretación analógica de esta cláusula constitucional permite extraer dos conclusiones: (a) que ese tipo de concesiones legislativas efectuadas desde el parlamento hacia la administración no son susceptibles de amnistías o indultos; (b) que los hechos delictivos derivados del ejercicio de la suma del poder público -sea el origen de tal poder omnimodo una concesión efectuada por la Legislatura o una asunción directa del Poder Ejecutivo- tampoco pueden ser perdonados por el Congreso o el Poder Ejecutivo.

Con relación a esta última afirmación, en el fallo "Simón", el juez Zaffaroni manifestó que el artículo 29 constitucional es un caso de delito constitucionalizado y su integración analógica siempre es violatoria del art. 18 de la misma Constitución. Los riesgos de tal analogía, expresó textualmente, son que "una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los infames traidores a la Patria a cualquier opositor".

Consecuentemente, con la prohibición de analogía que propuso sostuvo que las amnistías otorgadas por el Congreso Nacional a través de las leyes de "Obediencia debida" y "Punto final" configuran una hipótesis no contemplada por el texto del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Esta última crítica puede evitarse. Dado que no están en juego los límites de una prohibición penal, sino las facultades constitucionales de un órgano para eximir de los efectos de la aplicación de la ley penal, es legítima toda interpretación, incluso analógica, para establecer la influencia del artículo 29 de la Constitución Nacional respecto de la competencia deparada al Congreso por el artículo 67, inc. 17 del mismo cuerpo normativo (actual art. 75, inc. 20, Const. Nacional).

En este punto, lo importante es distinguir las acciones que quedan abarcadas por el delito de traición a la patria que prescribe el artículo 29 de aquéllas no susceptibles de indultos o amnistías según la misma norma.

En efecto, puede pensarse válidamente que el artículo 18 de la Constitución Nacional y las disposiciones sobre legalidad que incorporaron los tratados internacionales impedirían extender el alcance del delito constitucional de traición a la patria (previsto en el artículo 29) más allá de los supuestos de concesión por parte del Congreso al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias. Toda ampliación del tipo más allá de lo dicho debería enfrentar serios cuestionamientos provenientes de la prohibición de analogía (este análisis, vale aclarar, prescinde del nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional -que amplía el ámbito de lo prohibido por el delito de traición a la patria- dado que no existía al momento del dictado del decreto en cuestión).

Tal como antes se expresó, entonces, ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo -mediante el ejercicio de sus facultades de amnistiar o indultar, respectivamente- pueden soslayar la prohibición y el castigo que la Constitución impone para tales conductas.

Ahora bien, el hecho de que sólo los miembros de las Legislaturas puedan resultar autores del delito de traición a la patria consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, no resulta un problema para concluir que tampoco es susceptible de indultos o amnistías el ejercicio de la suma del poder público por el Poder Ejecutivo -por el que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedan a merced de gobierno o persona alguna-. El contrasentido que importa aceptar que no puede perdonarse la concesión legislativa de supremacías pero sí su ejercicio por quien las recibe, es lo que obliga a concluir de este modo.

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de que el presente no es un caso de concesión de facultades extraordinarias -única hipótesis penada por el artículo 29 de la Constitución Nacional- sino de asunción directa de dichas prerrogativas, los hechos por los que fueron condenados Videla y Massera resultan insusceptibles de perdón, motivo por el cual se declarará la inconstitucionalidad del decreto de indulto n° 2741/90.

V. Ley procesal aplicable.

Mediante el Decreto 158/83 se sometió a juicio sumario, ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, a los integrantes de la Junta Militar que usurpó el gobierno de la Nación el 24 de marzo de 1976 y a los integrantes de las dos Juntas Militares subsiguientes, en orden a los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a los detenidos (artículos 1 y 2).

La ley 23.049, por su parte, modificó el Código de Justicia Militar. En concordancia con el Decreto 158/83, el artículo 10 de la mencionada ley reglamentó el procedimiento sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. En el marco de tal reglamentación se previó un "recurso ante la Cámara Federal que corresponda con los mismos requisitos, partes y procedimientos del establecido en el artículo 445 bis" del Código de Justicia Militar. A su vez, se estipuló la asunción al conocimiento del proceso por parte de la Cámara Federal para el caso en que "advirtiese una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio".

Dado que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas al 4 de octubre de 1984 sólo había tomado declaración indagatoria y dictado prisión preventiva rigurosa al Almirante Massera -lo que se consideró una demora injustificada-, esta Cámara se avocó en dicha fecha al conocimiento de este proceso y continuó con su sustanciación de acuerdo con la ley castrense

Ahora bien, con la sanción de la ley 24.556 (18/10/1995) se aprobó la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas -cuya jerarquía constitucional fue establecida mediante la ley 24.820-. El primer párrafo del artículo 9° de la Convención establece que "Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar...".

Esta exclusión de toda jurisdicción militar en el juzgamiento de los responsables del delito de desaparición forzada de personas no afecta el principio del juez natural, aún cuando existió una ley que dispuso el conocimiento originario de tales hechos por tribunales castrenses (ley 23.049). Así lo resolvió la Corte Suprema en ocasión de dirimir -a favor de la justicia civil- la contienda positiva de competencia planteada entre el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 (Fallo 323:2035).

En la oportunidad, el Dr. Petracchi dijo "...que la atribución de la competencia a los órganos permanentes del Poder Judicial, establecida en forma general para todos los casos de similar naturaleza, no reúne ninguna de las características de los tribunales ex profeso que veda el artículo 18 de la Constitución Nacional. ...[L]a garantía del juez natural no impide la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas..." (este criterio fue reafirmado por la C.S.J.N. en el precedente "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada", V. 34. XXXVI, del 21 de agosto de 2003).

Descartada, entonces, toda posibilidad de que tribunales militares conozcan los hechos que centran esta investigación, y eliminada también toda afectación a la garantía del "juez natural", el presente caso deberá ser sometido al procedimiento y a la actuación de los jueces que la ley procesal común vigente establece.

En este sentido, si bien la ley adjetiva imperante al momento de comisión de los hechos investigados era la 2.372 (Código de Procedimientos en Materia Penal), la ley aplicable al caso resulta la ley 23.984 (Código Procesal Penal de la Nación).

Ello es así, en primer término, desde que las disposiciones procesales "resultan de aplicación inmediata a los procesos en trámite [siempre] que su recepción en juicio no afecte la validez de actos ya cumplidos de conformidad con leyes anteriores (Fallos: 200:180 y sus citas; 246:183)" (Fallos 321:532). El presente caso no se encuentra dentro de las excepciones que quitan fuerza imperativa al principio señalado.

Por otra parte, tampoco resulta aplicable al particular la disposición del artículo 12 de la ley 24.121, a través de la cual se estableció que "Las causas actualmente en trámite ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal...proseguirán sustanciándose y terminarán de conformidad con la ley 2.372 y sus modificatorias, salvo que el procesado o acusado solicitare la aplicación del procedimiento previsto en la ley 23.984 dentro de los quince (15) días de notificado legalmente para el ejercicio de esa opción".

No procede la aplicación de esta regla al caso, toda vez que estas actuaciones nunca se sustanciaron de conformidad con la ley 2.372. Esto es, en el momento en que inexorablemente perdió vigencia la ley 23.049 -momento en que el Estado nacional se comprometió a cumplir las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición

Forzada de Personas (artículo 1° inciso d de la Convención)-, la ley procesal federal vigente era el Código Procesal Penal de la Nación ley 23.984. Es por ello que no median razones para que este proceso se rija por el ya derogado Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2.372).

En efecto, la solución de la controversia relativa a la ley procesal aplicable se ciñe a determinar cuál de las leyes bajo las que tramitó este proceso -estas son, las 23.049 y 23.984- debe regir en la actualidad. En consecuencia, y excluida toda jurisdicción militar -tal como se ha demostrado anteriormente-, no queda más que sujetar estas actuaciones a la ley procesal federal (23.984).

La aplicabilidad del Código Procesal Penal de la Nación a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia fue dispuesta por este Tribunal en reiteradas ocasiones (15/5/00, reg. 6/00-P; 6/10/01, reg. 9/01-P; 6/3/02, reg. n° 1/02-P y 19/6/03, reg. n° 1/03-P; causa n° 30.579, Sala I, "Acosta J. s/ competencia", rta. el 9-9-99, reg. 746; causa n° 30.311, Sala I, "Videla J. R.", rta. el 9-9-99, reg. 735; causa n° 16.071, Sala II, "Astiz, Alfredo s/ nulidad", rta. el 4-5-00, reg. n° 17.491; causa n° 17.196, Sala II, "Landa Ceferino s/excepción de falta de jurisdicción", rta. el 28-11-00, reg. 18.216, entre otras).

En consecuencia, y afirmada la aplicación al caso de la ley procesal federal, corresponde remitir las presentes actuaciones a la Justicia Nacional de Ejecución Penal -de acuerdo con lo prescripto por el artículo 74 de la ley 24.121-, de modo que se continúe con la ejecución de la pena impuesta en esta causa a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera de acuerdo a lo previsto por la ley 24.660.

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

I- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL del decreto n° 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto indultó las penas impuestas en estas actuaciones a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera (artículos 29, 75 inciso 22° y 95 inciso 5° de la Constitución Nacional).

II. IMPRIMIR a las presentes actuaciones el trámite dispuesto por el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) y, en consecuencia, REMITIRLAS al Juzgado Nacional de Ejecución Penal que corresponda, con el objeto de que -de acuerdo con la ley 24.660- se continúe con la ejecución de la pena privativa de la libertad que se le impuso a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera en el marco de este expediente (artículo 74 de la ley 24.121 y 490 del C.P.P.N.)

III- NO HACER LUGAR a la solicitud de Graciela Beatriz Daleo y Ana María Martí relativa a que se los tenga como parte querellante en autos (artículos 84, 90, 490 y 491 del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y, firme que sea, cúmplase con lo ordenado.

Firmado: doctores Eduardo Luraschi, Martín Irurzun, Horacio Cattani, Gabriel Cavallo, Eduardo Freiler y Eduardo Guillermo Farah.

Ante mi: doctora Dolores Ferrari -Prosecretaria de Cámara-.