

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de junio del año dos mil nueve, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luis M. García y Eduardo R. Riggi como Vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara Sol Déboli, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 215/230 vta. de la causa n° 8262 del registro de esta Sala, caratulada: "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler, la defensa particular de Jorge Rafael Videla por los doctores Carlos A. Tavares y Alberto Rodríguez Varela y la defensa oficial de Emilio Eduardo Massera por la doctora Eleonora Devoto.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores Luis M. García y Eduardo R. Riggi, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en pleno decidió: 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 Emilio Eduardo Massera (arts. 29, 75 inc. 22 y 95 inc. 5º 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 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 Emilio Eduardo Massera en el marco de este expediente (arts. 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 (arts. 84, 90, 490 y 491 del C.P.P.N.) -fs. 215/230 vta.-.

Contra dicha decisión, las defensas de Jorge Rafael Videla y de Emilio Eduardo Massera interpusieron sendos recursos de casación a fs. 234/269 y 270/289, los que concedidos a fs. 298/299, fueron mantenidos en esta instancia a fs. 316 y 314, respectivamente.

2º) Que en el recurso de casación, la defensa de Videla señaló que en la causa 13/84 se le impuso a su asistido la pena de reclusión perpetua que quedó extinguida mediante el decreto 2741/90, el que fue convalidado hace diecisiete años por la Cámara Federal en pleno y consentido por el Ministerio Público y que ahora la causa fue reabierta “*de oficio*” por el *a quo*.

Manifestó que fue bien resuelto el rechazo de la pretensión de los incidentistas de asumir el rol de querellante. Estimó que como consecuencia de ello se debió archivar las actuaciones, lo que no se hizo, en desmedro de los derechos de su defendido.

Respecto de la competencia del tribunal de anterior instancia, dijo que se la atribuyó en función del último párrafo del art. 10 de la ley 23.049. Sin embargo agregó que la misma sentencia, al desarrollar el tema de “*la ley aplicable*”, el *a quo* enfatizó que con la sanción de la ley 24.556 que aprobó la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas quedó abolida la jurisdicción militar que el tribunal, por abocamiento, había asumido en esta causa 13/84.

Señaló que aún pasando por alto la lesión sufrida al principio de juez natural al pretender acordar efecto retroactivo al art. 9º de la Convención a pesar de que dicho instrumento nada dice al respecto, existe una patente

Cámara Nacional de Casación Penal

contradicción en la resolución atacada, porque la argumentación expuesta respecto de la ley aplicable *"tiene por objeto fundamentar el punto II dispositivo por el cual la Cámara se declara incompetente para reasumir el rol cumplido como tribunal de ejecución penal hasta la fecha del indulto y remite las actuaciones al Juzgado Nacional de Ejecución Penal que por turno corresponda"*, en tanto *"para algo mucho más importante y grave, como es reabrir la causa 13/84 y retrotraerla al estado de ejecución penal a pesar de que el tribunal y el Ministerio Público convalidaron en forma unánime el indulto"* la cámara *a quo* se irrogó la competencia. Arguyó que el tribunal de anterior instancia ha procedido así invocando el art. 10 de la ley 23.049 a pesar de que en la misma sentencia se sostiene que ese ordenamiento ha perdido vigencia el 18 de octubre de 1995 -fs. 241/242-.

Expresó que el indulto es un acto de gobierno que sólo puede ser revisado por la justicia cuando existen vicios de forma, pero nunca es cuestionable la voluntad de indultar expresada en el acto. La emisión de tal acto -continuó- *"pone en vigencia una prerrogativa soberana por razones y con fines exclusivamente políticos"*. Con cita de jurisprudencia expuso que *"el ordenamiento institucional se vería gravemente subvertido si los jueces tomaran para sí el poder admitir o rechazar las finalidades de ese atributo de la soberanía que es el indulto e invadieran, así, una esfera en que la Constitución quiso que imperara la discreción razonable del Presidente de la Nación"*. Ante ello argumentó que resulta *"claro que el indulto es un acto estatal que integra el orden jurídico, generador de derechos subjetivos, por cuya razón -si admitiéramos por hipótesis su justiciabilidad- ella sólo podría ser declarada en un juicio, promovido por quien tiene legitimación, luego de un proceso en el cual se haya respectado la garantía de defensa, es decir, que exista una 'causa'"*. Aseveró que la existencia de una *"causa en trámite"* es un requisito reconocido por la Corte y que falta en el presente caso, carencia que no puede ser suplida con la invocación del precedente de Fallos: 327:3117

“referido a la discutida facultad que tendrían los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes porque, como se puntualiza en ese fallo, los tribunales no pueden formular tal declaración ‘fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución’”. Puntualizó que en estas actuaciones el a quo “ha ejercido su actividad jurisdiccional sin que exista una ‘causa’ abierta y en trámite, con lo cual se arrogó una competencia y una facultad que no tiene, lo cual importa una gravísima violación del principio de división de poderes” -fs. 243/244-.

Manifestó que por *“aplicación del principio de identidad, si el indulto no es justiciable por ser un acto de gobierno, para que sea justiciable no podría ser un acto de gobierno”, y “si no es un acto de gobierno, sólo puede ser considerado un acto del Poder Ejecutivo”,* el cual no sería un acto administrativo en sentido material aunque sí en sentido formal. Explicitó que *“en cuanto acto jurídico”* del Poder Ejecutivo, su nulidad por vicios de voluntad (la falsa causa se considera un vicio de voluntad) sólo puede ser solicitada dentro del plazo de dos años que establece el art. 4030 del Código Civil -fs. 245 vta.-.

Expresó que la cámara *a quo* formula una serie de apreciaciones sobre los hechos que fueron juzgados en esta causa 13/84, actitud que tacha de inadmisibles *“porque está reñida con la intangibilidad de la cosa juzgada”*. Entendió que resulta *“extemporáneo”* e *“inconstitucional”* considerar y evaluar nuevamente los hechos imputados a Jorge Rafael Videla -cfr. fs. 246-.

Afirmó que cuando se dictó el decreto cuestionado se encontraban vigentes la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y que no ha mediado norma alguna de esos instrumentos -ni tampoco de los que se incorporaron posteriormente- que prohibiera al Presidente de la Nación ejercer la atribución del art. 99 inc. 5° de la Constitución Nacional respecto de los delitos imputados

Cámara Nacional de Casación Penal

a Videla.

Cuestionó la invocación por parte del a quo de la ley 25.779 referidas a la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final sosteniendo que esos ordenamientos son ajenos a la causa 13/84 y al decreto n° 2741/90. Se agravió de lo afirmado en la sentencia atacada respecto a *“la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias de la comunidad internacional”*, puesto -dijo- que *“ningún documento internacional incorporado a la Constitución por su art. 75 inc. 22 establece que sus normas deban ser aplicadas retroactivamente”* -fs. 254-. Señaló al efecto el dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales que cuanto indica que *“los propios tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, 2° párrafo, establecen los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, etc.”* -fs. 255 vta.-. Expresó que al dictarse sentencia en la causa 13/84 no se calificó los hechos como delitos de lesa humanidad y que no cabe citar a la *“costumbre”* con fuerza suficiente *“como para tirar por la borda el principio de legalidad”* -fs. 257-.

Arguyó que el art. 27 de la Constitución Nacional, que dispone que los tratados podrán adquirir vigor en el ámbito interno en tanto sus cláusulas estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Carta Magna, no ha sido derogado ni se encuentra subordinado a los instrumentos internacionales. Además indicó que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional estipula que las disposiciones de los tratados incorporados no podrán derogar artículo alguno de su primera parte y deberán entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos, por lo que *“resulta patente la imposibilidad constitucional de aplicar sus normas en forma retroactiva”* -fs. 258 vta.-. Agregó que no correspondían las citas efectuadas de fallos de la Corte Interamericana, que *“adecuar el derecho interno”* no significa que se pueda vulnerar la cosa

juzgada ni desconocer los derechos adquiridos al amparo del decreto n° 2741/90 y señaló el criterio hermenéutico fijado en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que estipula que las cláusulas de las convenciones deben “*interpretarse para lo futuro*” -fs. 259/261-.

Criticó a la sentencia recurrida en cuanto señala que los indultos sólo se aplicarían a los casos leves, indicando que el art. 4 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 6 inc. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen que los indultos podrán ser concedidos en todos los casos, incluso para los delitos reprimidos con pena de muerte -fs. 260 vta.-.

Manifestó que fue errónea la invocación del art. 29 de la Constitución Nacional hecha en la sentencia puesta en crisis, con cita de doctrina y jurisprudencia referida a indultos otorgados en la década del cincuenta, al tiempo que dijo que el a quo asumió el rol de convencional constituyente.

Expresó que como “*el presente es un incidente nuevo, en el que se pide a un tribunal incompetente que declare de modo abstracto, sin causa abierta, la inconstitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo, y el tribunal, al tiempo que niega personería a los requirentes, los complace dictando de oficio esa abstracta inconstitucionalidad, debe quedar preservado nuestro derecho a recurrir ante el referido tribunal de casación para impugnar lo que configura un verdadero alzamiento contra la Constitución y los tratados complementarios del art. 75 inc. 22*” -fs. 267 vta./268-.

Por su parte, la defensa de Massera señaló en su recurso de casación que los hechos por los cuales fuera condenado el nombrado habían sido cometidos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y por lo tanto no son de aplicación las normas jerarquizadas por su art. 75 inc. 22, de modo tal que no se puede cuestionar los principios fundamentales que emanan de la primera parte de la Constitución Nacional. Afirmó que la ley penal más benigna a partir de la reforma de 1994 tiene jerarquía constitucional en virtud

Cámara Nacional de Casación Penal

del art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En consecuencia expuso que: las normas de la Constitución Nacional conservan la primacía frente a las contenidas en los tratados internacionales, aún cuando se les haya asignado jerarquía constitucional; en el ámbito interno toda ley que disponga la imprescriptibilidad de la acción penal referida a hechos delictivos cometidos con anterioridad se enfrenta con el principio constitucional de legalidad; en el caso el art. 18 de la Constitución Nacional prohíbe la aplicación retroactiva de todo empeoramiento del régimen de prescripción de la acción penal; la aplicación del art. 118 de la Constitución Nacional hace imposible la aplicación de normas del "*derecho de gentes*" atento al principio de legalidad que exige indisolublemente la doble previsión en la ley de los hechos punibles y de las penas a imponer; la ausencia de normas aplicables antes de 1984 excluye "*ab initio*" la posibilidad de reprimir conductas condenadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; es inadmisiblesimilar la doctrina del caso "Priebke" al tratamiento de los delitos cometidos por las Fuerzas Armadas y de seguridad, con el alegado propósito de combatir la subversión, pues guarda algunas diferencias con el objeto procesal del presente juicio; más allá de la gravedad de los llamados "*crímenes de lesa humanidad*", es una realidad jurídica contundente que no hay norma en la legislación argentina que los prevea y que regule su imprescriptibilidad; pretender restar significancia a la validez del art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, colisiona con la reserva efectuada en el art. 4 de la ley 23.313; no es factible resolver la inconstitucionalidad de normas cuya vigencia ha terminado, puesto que tal circunstancia impide su aplicación a hechos posteriores -fs 274 vta./277 vta.-.

Expresó que en caso de su defendido se pretende someterlo a proceso en base al derecho de gentes "*ex post facto*", vulnerándose garantías constitucionales y pretendiendo crear tipos mediante la invocación de ese

derecho, olvidando que de acuerdo al art. 118 de la Constitución Nacional ello está reservado a delitos cometidos en el extranjero. Asimismo señaló que al aprobarse la ley 24.556 la República Argentina, de conformidad con la Convención, se comprometió a crear, a través del órgano constitucionalmente habilitado para ello, un tipo legal que contemple la desaparición forzada de personas. Por ello expuso que la pretensión de utilizar ciertos aspectos de los lineamientos que se trazan en el derecho de gentes para estructurar el delito de desaparición forzada de personas, con el fin de injertarlos en el tipo de homicidio, importa crear un nuevo delito.

Afirmó en esta inteligencia que la decisión atacada *“exhibe un fundamento solo aparente, y en modo alguno configura una derivación razonada del ordenamiento jurídico aplicable, siendo prueba de ello la no aplicación del principio ‘non bis in idem’”*, indicando que resulta arbitraria *“toda vez que una causa que ya contaba con una sentencia firme, es agravada mediante una resolución que nada agrega a lo ya analizado precedentemente”* -fs. 282 vta.-.

Respecto del decreto 2741/90 mediante el cual se indultó a Massera manifestó que reconoce una larga tradición entre nosotros y que por el alto propósito que persigue -la concordia social y política- no es susceptible de ser declarado inconstitucional. Asimismo, con cita de fallo de la Corte afirmó el carácter *“no justiciable”* del tema analizado, es decir, que *“el Poder Judicial no se encuentra habilitado para juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los restantes Poderes del Estado”* -fs. 285-.

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 ibídem, la defensa de Videla presentó el escrito glosado a fs. 392/396 vta., donde hizo hincapié en dos cuestiones que estimó no fueron tratadas por la Corte.

La primera, que tanto el art. 4 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el art. 6 inc. 4 del Pacto Internacional de

Cámara Nacional de Casación Penal

Derechos Civiles y Políticos disponen que los indultos podrán ser concedidos en todos los casos, incluso para los delitos más graves reprimidos con pena de muerte.

La segunda, que la convencional María Zunilda Lucero, en la sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Nacional Constituyente, propuso agregar al art. 75 inc. 22 un párrafo que expresara que: *“En relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto serán imprescriptibles”*. Dicho agregado fue rechazado tanto en la comisión como en la sesión plenaria, lo que configura, según el recurrente, *“una interpretación auténtica”* ejercida por quienes sesionaron las reformas de 1994, quedando claro que *“todos los delitos a los que hoy se pretende calificar como de ‘lesa humanidad’ son indultables y, en consecuencia, el decreto 2741/90 resulta constitucionalmente inobjetable”* -fs. 395-.

En igual oportunidad procesal, la defensa oficial de Massera se presentó a fs. 403 y señaló que el debilitamiento de la salud del nombrado le impide instaurar la legitimación activa para su asistencia por lo que estimó que correspondería la suspensión de la causa a su respecto.

Expresó que de la certificación realizada por el fiscal surge que con fecha 14 de enero de 2005 se suspendió el proceso con relación a Massera debido a que no se encontraba en condiciones de brindar declaración indagatoria, efectuándose informes médicos cada tres meses. Pero manifestó que el fiscal agregó que *“sin perjuicio de ello puede completarse la pesquisa”*, arguyendo que *“no se requiere de esta defensa para ello, en tanto no ha de considerarse ‘completar la pesquisa’ alegar sobre la legitimidad de la inconstitucionalidad del indulto oportunamente otorgado”*.

4º) Que a fs. 486 se dejó constancia de haberse celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación, con la

presencia del doctor Alberto Rodríguez Varela -defensor de Jorge Rafael Videla- quien presentó las breves notas que obran a fs. 476/485, haciendo lo propio la doctora Eleonora Devoto, defensora de Emilio Eduardo Massera, conforme surge del escrito glosado a fs. 473/475 vta..

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que los recursos de casación interpuestos con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1° y 2°, del Código Procesal Penal de la Nación son formalmente admisibles, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que si bien no se trata de uno de los casos contemplados en el art.457 del CPPN, es aplicable lo dispuesto en el art.491 del código de rito, pues se está ante una incidencia vinculada a la ejecución de la pena. Ello así, en razón de que Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera se encontraban cumpliendo la pena de reclusión perpetua al momento del dictado del indulto presidencial a través del decreto n°2741/90.

Si bien la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad no ha dado con la constancia de la decisión en virtud de la cual oportunamente dispusiera la libertad de los nombrados -fs.447/469 y 487- que fuera requerida como medida para mejor proveer -fs.446 y 471-, no cabe dudar de la existencia de esa decisión -fs.448/450- como bien argumentara la defensa en la audiencia correspondiente.

Asimismo, es del caso señalar que esta resolución también alcanzará a Emilio Eduardo Massera, pues como lo sostuvo el tribunal *a quo*, la incapacidad sobreviniente que se le decretó en otras causas en las que se encuentra sometido a proceso no es motivo de excluirlo de la decisión, ya que si aún por vía de hipótesis se debiera declarar en estas actuaciones la incapacidad del nombrado, *“las disposiciones que rigen la etapa del proceso en que quedaría situada esta causa ante una eventual declaración de inconstitucionalidad del decreto 2741/90 ... específicamente contemplan la*

Cámara Nacional de Casación Penal

ejecución de la pena en establecimientos especiales de carácter asistencial médico y psiquiátrico para tal tipo de supuestos (artículos 176 y ss. de la ley 24.660)" -fs. 219 vta.-.

En esta inteligencia, debe indicarse que si bien existe una imposibilidad de avanzar en aquellos procesos en donde se manifiesta el impedimento de Emilio Eduardo Massera de ejercer su defensa material, no la hay en las presentes actuaciones puesto que lo que aquí se encuentra bajo discusión es una cuestión de puro derecho vinculada a la ejecución de la pena.

-III-

Cabe ahora atender a las múltiples cuestiones planteadas por las defensas en el recurso casatorio. Si bien algunas de esas merecen respuesta particular en apartados específicos, otras habrán de encontrar solución en aquel donde se analiza y aplica la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en diferentes fallos en que ha resuelto planteos similares y que, en lo sustancial, remiten a los principios establecidos por la Corte IDH en diversos precedentes.

Por eso, respecto del agravio relativo a las leyes procesales que deben regir en las presentes actuaciones, es necesario señalar que anteriormente este proceso tramitaba por el Código de Justicia Militar y la intervención de la cámara de apelaciones estaba acotada al recurso establecido en el art. 445 bis de dicho código y que a causa de las demoras en el proceso el tribunal a quo dispuso avocarse en el conocimiento de esta causa. Por ello, se debe afirmar, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 316:2695), que las reglas de la ley 24.121 (art. 12) sólo comprenden los pleitos iniciados de acuerdo con el anterior sistema de enjuiciamiento criminal y, como lógica consecuencia, no abarcan a las causas que se regían por las reglas contenidas en el art. 445 bis del Código de Justicia Militar.

Además, en dicho precedente la Corte sostuvo que *“es uniforme y reiterada jurisprudencia de este Tribunal que las leyes modificatorias de jurisdicción y competencia, por ser de orden público, aun en el caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes (Fallos: 306:1223, 1615 y 2101, entre muchos otros), siempre que no se deje sin efecto lo actuado de conformidad a las leyes anteriores (Fallos: 200:180), toda vez que ello importaría un obstáculo para la pronta tramitación de los procesos que exige buena administración de justicia (Fallos: 303:688 y 883), principio que reconoce como límite el supuesto de que esas leyes contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto (Fallos: 267:19, considerando 1º y sus citas; 275:109 y 287: 200)”* -considerando 4º-; y que *“no se observa en el caso vulneración al principio constitucional de juez natural porque ‘la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía’ (Fallos: 163:231, p. 259) y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la materia de descubrir y perseguir delitos (Fallos: 193:192; 249:343, entre otros)”* -considerando 12º-.

Cabe referir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una causa por el delito de sustracción de menores que habría ocurrido durante el último período de gobierno de facto, resolvió *in re*: *“Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”*, del 21 de agosto de 2003 -V.34.XXXVI- que: *“en el caso de Fallos: 323:2035, ‘Cristino Nicolaidis y otros’”, “se había planteado una contienda positiva de competencia entre el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y un Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional, a raíz del pedido de inhibitoria que el primero le dirigió al último en el marco de la causa seguida a un general de división por el delito de sustracción de menores. Allí esta Corte -invocando, entre otras razones ‘la salvaguarda de las garantías constitucionales cuya preservación resulta imperativa para este Tribunal’- resolvió que la causa*

Cámara Nacional de Casación Penal

debía seguir tramitando ante la justicia federal (véase Fallos: 323:2035 citado, voto de la mayoría y, en lo pertinente, el de los jueces Petracchi y Boggiano). Esta conclusión es de estricta aplicación al sub iudice; consecuentemente y en tanto la tramitación de la causa en el fuero que viene interviniendo no configura un supuesto de violación de la garantía establecida por el art. 18 de la Constitución Nacional, corresponde desechar el agravio desarrollado por la defensa”.

Se debe precisar en este sentido que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en su art. 9 dispone 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. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares*”. El Alto Tribunal, en la causa “*Nicolaides, Cristino y otros*” de anterior cita, hizo mención a esta circunstancia señalando que tal norma dirime la contienda excluyendo la competencia militar y tornando inaplicables las disposiciones legales de jerarquía inferior, en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (cfr. voto del doctor Antonio Boggiano).

Bajo las premisas indicadas la cuestión de las leyes procesales aplicables ha sido adecuadamente resuelta por el *a quo* sin que quepa hablar de incongruencia en su razonamiento. Ello así ya que la cámara dictó la resolución impugnada por haber sido el tribunal que oportunamente hizo efectiva las disposiciones en materia de indulto en este proceso, al tiempo que indicó, de acuerdo a la jurisprudencia del Alto Tribunal más arriba citada, que corresponde aplicar a esta causa las actuales normas de forma (Código Procesal Penal de la Nación).

Por lo demás, respecto de la pretensión de la defensa de que se archiven las actuaciones tras el rechazo al pedido de los presentantes de ser

tenidos por parte querellante y por no existir “*causa en trámite*”, los impugnantes no se han hecho cargo de refutar la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada por el tribunal a quo que establece que las autoridades estatales deben actuar *ex officio* y sin dilación una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad de acceder al conocimiento de la verdad respecto a vulneraciones graves de derechos humanos (Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, del 25 de noviembre de 2006 -específicamente párrafos 256, 344, 347 y ccs.-).

En ese orden, el agravio de que la causa no haya estado “*en trámite*” al momento de inicio de este incidente, pierde de vista la calidad de imprescriptible de los hechos en cuestión, como ha quedado establecido en la jurisprudencia nacional e internacional en la materia que termina definiendo la suerte del planteo. Así, la Corte IDH ha señalado que “*...es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”...En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, considerando 124)

Por eso, respecto de la intervención de los particulares damnificados para iniciar este incidente, la resolución adoptada por el a quo no causa gravamen alguno a la parte, más allá que la normativa procesal no

Cámara Nacional de Casación Penal

prevé su participación en este supuesto y en la etapa de ejecución. En todo caso, y más allá de la inacción del Ministerio Público Fiscal en la cuestión, el planteo oportunamente concretado por los particulares encuentra sustento en el precedente "Velásquez Rodríguez", Serie C N° 4, 29 de julio de 1988, de la Corte IDH , en que señaló el deber del Estado de investigar mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida y de sancionar a los responsables directos de las mismas, al que remiten los votos de los jueces Petracchi y López, en la causa "Hagelin, Ragnar Erland" del 8 de septiembre de 2003 (H.17.XXXVII) de nuestra Corte Suprema.

En ese orden y sin exigir la calidad de querellante, la Corte IDH ha indicado que el art. 25, en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido. Esto encuentra fundamento en la obligación estatal de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes y garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Corte IDH - "Loayza Tamayo", Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997 y "Castillo Páez", Serie C N° 43, del 27 de noviembre de 1998).

Esto integra, en lo que aquí interesa, la obligación de sancionar a los autores (Corte IDH, "Blake", Serie C N° 48, del 22 de enero de 1999 y "Loayza Tamayo", Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998), lo que determina que esas sanciones frente a graves violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (Corte IDH, "Villagrán Morales", Serie C N° 63, del 19 de noviembre de 1999 y "Velásquez Rodríguez", Serie C N° 1, del 29 de julio de 1988).

Los restantes agravios de la defensa se presentan como normativamente “insustanciales” a pesar de sus alegaciones, en tanto no se ha hecho cargo de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre esas cuestiones, ni planteado en verdad “nuevos” argumentos que ameriten un tratamiento particular.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, M. 2333. XLII., resuelta el 13 de julio de 2007, al declarar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que dispuso el indulto a Riveros, expuso que, *“en cuanto a lo sustancial de la cuestión, referente a la interpretación adecuada de los delitos de lesa humanidad, cabe señalar que esta Corte los ha definido y examinado exhaustivamente en los precedentes ‘Arancibia Clavel’ (Fallos: 327:3312) y ‘Simón’ (Fallos: 328:2056) a cuyas consideraciones cabe remitirse (in re: Fallos: 327:3312 y 328:2056, considerandos 50 a 54 del juez Maqueda; 14 del voto del juez Zaffaroni; 31 de la jueza Highton de Nolasco; 13 del juez Lorenzetti; 10 de la jueza Argibay)”*.

Agregó que, *“sobre la base de tal premisa, cabe tener presente que el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de ‘perseguir’, ‘investigar’ y ‘sancionar adecuadamente a los responsables’ de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos”*.

A fin de dilucidar la razón por las que tales obligaciones derivadas del derecho internacional resultan de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina, afirmó que *“la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Wesfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. El derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un*

Cámara Nacional de Casación Penal

simple pactum associationis, sino además, un pactum subiectionis. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los Estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías: la ley del más débil, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, International Law in American Courts: A Modest Proposal, 100 The Yale Law Journal, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referente al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - arts. 74 y 75, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A N° 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29)".

Añadió que "el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el art. 1 dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la Declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y en su art. 56 prescribe que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463)".

Concluyó que “*estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos, a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal, no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24)*”. Por ello dijo que “*(e)sta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view, 93 American Journal of Internacional Law 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional*”.

Enfatizó que “*la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118)*”, por lo que “*desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho (ver en tal sentido Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833,*

Cámara Nacional de Casación Penal

Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, Commentaries on American Law, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX)", a lo que cabe agregar que "la positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico del clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo (considerando 18 del voto del juez Lorenzetti in re: 'Simón' -Fallos: 328:2056-)".

En consecuencia expuso que *"la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como ius cogens. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (in re: 'Arancibia Clavel' -Fallos: 327:3312- considerandos 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en 'Simón')*".

Señaló que a la fecha de comisión de los actos allí precisados -igual que en el presente caso- *"existía un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (considerando 57 del voto del juez Maqueda in re: 'Arancibia Clavel' -fallos: 327:3312-)*" y que *"tales principios se vieron*

fortificados y cristalizados, entre otros tratados, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecían los mismos principios, proclamando derechos básicos de las personas y deberes de los Estados para respetarlos”.

Recordó que la integración de esos principios fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22), en tanto que *“allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer ‘es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía...’ (Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861)”.*

Apuntó que la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Aseveró que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido justificada por la Corte con anterioridad en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492), donde se sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que se trata de una insoslayable pauta de interpretación a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Expuso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el

Cámara Nacional de Casación Penal

caso "Barrios Altos" consideró "*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*" (CIDH - Serie C N° 75, Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41). Recordó que el juez García Ramírez, en su voto concurrente, señaló que las "*disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos*" (párr. 11).

Esto es congruente con lo precisado por la Corte IDH en el precedente Almonacid, ya citado, donde se hace cargo de la consideración alegada por la Comisión IDH, en punto a que "*Si el derecho internacional califica como criminal un hecho y obliga al Estado a su sanción, no puede el Estado alterar dicha situación en virtud de su conveniencia interna*" (parágrafo 84). En tal sentido, la Corte IDH precisó que hechos como los que motivaran las condenas a Videla y Massera constituyen delitos de lesa humanidad y que su prohibición "*...es una norma de ius cogens y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general*". Esto es así, más allá de la alegada convalidación "*unánime*" que en su oportunidad tuvieron los indultos sobre esos crímenes por los entonces integrantes de la Cámara Federal que actuó en aquel momento, el "*consentimiento*" del Ministerio Público y de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación -fs.2, 22, 23 y 36 del recurso-. La nulidad *ab initio* de esos indultos aparece pues fundada en estos principios establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH a los que recurre en buena medida la Corte Nacional.

Por eso, en el precedente "Almonacid" se indicó que "*la adopción*

y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impiden el cumplimiento de las obligaciones” (considerando 108) internacionales asumidas por el Estado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió dicha doctrina y expuso en el caso “Mazzeo” que “...los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

Manifestó que de tales consideraciones surge que los estados nacionales tienen la obligación de evitar la impunidad, la cual fue definida por la Corte IDH como *"la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana"* . Indicó que en términos análogos se expidió la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 20 de abril de 1989 y que dentro del ámbito de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Preámbulo menciona de manera expresa *"...el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2)" (considerando 22 del voto de la jueza Highton de Nolasco in re: ‘Simón’ -Fallos: 328:2056-)*. Asimismo recordó que el *“Comité contra la Tortura también se ha expedido en contra de las medidas de impunidad en la Argentina (Comunicaciones 1/1988; 2/1988; 3/1988), y en recientes precedentes ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas (‘Sr. Kepa Urrea Guridi v. Spain’, Comunicación N° 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 [2005])”*.

Por su parte la Corte señaló que *“el Comité de Derechos*

Cámara Nacional de Casación Penal

Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, 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 arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144-165). También ha señalado que pese ‘a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final,...Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores’ (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 3 de noviembre de 2000 CCPR/CO/70/ARG)”.

En ese orden, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó en lo que aquí interesa para responder a los agravios de la defensa, que sobre la base de esos presupuestos dispuso “...reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad (‘Arancibia Clavel’, Fallos: 327:3312); ... declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final (‘Simón’, Fallos: 328:2056); ... reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos (‘Urteaga’, Fallos: 321: 2767); ... otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos (‘Hagelin’, Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados (‘Videla’ Fallos: 326:2805)”.

De manera particular, cabe sumar a ese elenco, la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que contenía el indulto tratado en la

causa “Mazzeo”. En ese sentido dijo el Alto Tribunal que en base al mismo plexo normativo, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, *“le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad”*.

Expresó que el art. 99 de la Constitución Nacional -previsto anteriormente en el inc. 6° del art. 86- establece que *“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...inc. 5°) Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”*. Sin embargo afirmó que *“los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo”*. Por ello precisó que tratándose de delitos de lesa humanidad, *“cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes”* -el resaltado me pertenece-.

Señaló que, en síntesis, al momento de la promulgación del decreto 1002/89 -al igual que del decreto 2741/90- *“existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema*

Cámara Nacional de Casación Penal

internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

A partir de esos criterios que son imperativos conforme a la doctrina antes reseñada y obligan a los tribunales al momento de decidir estas cuestiones, ha de sostenerse que los indultos dispuestos entre otros, en favor de Videla y Massera entraron en colisión al momento de su dictado con el ordenamiento jurídico entonces vigente y desde ese mismo momento carecieron de validez para imponerse, sin perjuicio de la convalidación que de estos hiciera la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en su oportunidad. De esta forma, se inhibe de eficacia el alegar que se han afectado derechos definitivamente adquiridos por sus beneficiarios dado que la fuente de estos aparece viciada en su legalidad desde un primer momento. Este principio, por lo demás, aparece señalado en el precedente “Simón” (Fallos 328:2056) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desde esa perspectiva los agravios fundados en la violación de las garantías constitucionales de cosa juzgada y *ne bis in idem*, se relativizan en tanto los presupuestos para su invocación han entrado en crisis pues no son legalmente oponibles desde los criterios apuntados más arriba.

De todos modos, aún si no se concluyera en la forma antes apuntada y sostenida en mi voto respecto de la inicial invalidez de los indultos, la respuesta sería igualmente contraria a las pretensiones de la defensa. Ello así, pues aún coincidiendo con la opinión de la juez Carmen Argibay en su voto del precedente “Mazzeo” (Considerando 6), lo cierto es que la mayoría del Tribunal indicó en relación con estos agravios de la defensa que *“en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del ne bis in idem como la cosa juzgada”*. Expuso que esto es así *“en la medida en que tanto los*

estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso”.

Al respecto, afirmó que *“el Estatuto de la Corte Penal Internacional otorga un carácter acotado a la cosa juzgada. En efecto en su art. 20 señala que el tribunal internacional entenderá igualmente en aquellos crímenes aberrantes, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia”.*

Por su parte señaló que *“el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, expresa que la persona que ha sido juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan serias violaciones al derecho internacional humanitario, puede ser subsecuentemente juzgado por el tribunal internacional cuando los actos por los cuales ha sido juzgado fueron calificados como delitos comunes, o cuando el proceso ante el tribunal nacional no fue imparcial o independiente y fue preparado para proteger al acusado de su responsabilidad internacional o la investigación no fue diligente”.* De igual modo *“se expresa el art. 9 de Statute of the International Tribunal of the Ruanda”* y a similares conclusiones arriba *“The Princeton Principles on Universal Jurisdiction al regular los alcances de la garantía contra la múltiple persecución en crímenes de lesa humanidad (art. 9°)”.*

En esta inteligencia observó que *“(e)s de público conocimiento que ciudadanos argentinos han puesto en marcha la jurisdicción extranjera*

Cámara Nacional de Casación Penal

para obtener condenas que no podían reclamar en la jurisdicción nacional, que hubo condenas en el extranjero, y que han mediado pedidos de extradición por esos crímenes, es decir, el principio universal, que era una mera posibilidad potencial, con posterioridad...comenzó a operar en forma eficiente y creciente

(considerando 32) del voto del juez Zaffaroni in re 'Simón' -Fallos: 328:2056-)", al tiempo que reiteró que "a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos' CIDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como [las aquí investigadas]" (considerando 12 del voto del juez Petracchi en 'Videla'; considerando 16 del voto del juez Maqueda en 'Videla')".

Por eso, en lo que aquí interesa para atender a los agravios de la defensa, la cuestión ha sido ya definida por la Corte Suprema con remisión al caso "Almonacid" de la Corte IDH. En ese punto señaló que: *"En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa*

humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del ne bis in idem”.

Recordó que el tribunal interamericano finalmente resolvió que *“el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (caso ‘Almonacid’, CIDH - Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154)”.*

Precisó la Corte que *“los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in idem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque, ‘los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche...’ (voto de la jueza Argibay in re: ‘Simón’ -Fallos: 328:2056-)”.*

Finalmente aseveró, al declarar la inconstitucionalidad del decreto presidencial que contemplaba el indulto discutido (en virtud de los arts. 18, 31, 75, inc. 22, 99, inc. 5, 118 de la Constitución Nacional; 1°, 8.4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que *“bien la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a la Corte la mayor medida al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes (Fallos: 311:394; 312:122, 1437, entre otros), lo cierto es que a través de tal decisión se pretende cumplir con el deber que tiene el Estado de organizar las estructuras del aparato gubernamental a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder*

Cámara Nacional de Casación Penal

público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (CIDH Serie C N° 7 'Velásquez Rodríguez')".

Atendiendo entonces a la doctrina establecida por la Corte Suprema en los fallos antes mencionados, especialmente en el caso "Mazzeo" extensamente citado y los principios que surgen de los precedentes de la Corte IDH, cabe recordar el indiscutible deber jurisdiccional de conformar las decisiones que se adopten a las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060;319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas), en tanto los recurrentes no han aportado argumentos efectivamente "novedosos" que pongan en crisis la resolución de la Corte mencionada.

Esto queda en evidencia a partir de las conclusiones antes citadas de la Corte IDH que analizan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y determinan las condiciones de su vigencia. Otro tanto ocurre con las aseveraciones de nuestro Alto Tribunal emitidas en el fallo "Mazzeo" que impiden considerar como un argumento nuevo la interpretación de la defensa en punto a que tanto la Convención como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispondrían la posibilidad de que se pueda indultar delitos de lesa humanidad.

De igual manera, el examen que se hace en el fallo "Mazzeo" sobre nuestra historia constitucional y la reforma que tuvo lugar en 1994 así como el contenido y el carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no dejan margen de aplicación al otro agravio calificado como "novedoso" de esa defensa, respecto de lo que estima

es una “interpretación auténtica” ejercida por los convencionales respecto de que “todos los delitos a los que hoy se pretende calificar como de ‘lesa humanidad’ son indultables”. De hecho, ha quedado explicitada la conclusión contraria. Es decir, del análisis efectuado surge clara la imposibilidad sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de dictar indultos sobre hechos calificados como delitos de lesa humanidad.

-V-

Por lo tanto, considero que corresponde rechazar los recursos de casación deducidos por las defensas de Jorge Rafael Videla -fs. 234/269- y de Emilio Eduardo Massera -fs. 270/289- y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 215/230 vta., con costas.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

A.- La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal -en pleno- declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto n° 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, por el que el entonces Presidente de la República, doctor Carlos Saúl Menem indultó las penas de reclusión perpetua que se habían impuesto a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera en la causa n° 13/84 de esa Cámara, por haber sido hallados responsables el primero de los delitos de homicidios reiterados doblemente calificados por alevosía e intervención de tres o más personas (sesenta y seis hechos), tormentos reiterados seguidos de muerte (cuatro hechos), tormentos reiterados (noventa y tres hechos), privación ilegal de libertad calificada por violencias y amenazas reiterada (trescientos seis hechos) y robos reiterados (veintiséis hechos), y el segundo de los delitos de homicidio agravado por alevosía reiterado (tres hechos), tormentos reiterados (doce hechos), privación

Cámara Nacional de Casación Penal

ilegal de libertad calificadas por violencias y amenazas reiterada (sesenta y nueve hechos) y robos reiterados (siete hechos), y ordenó la reanudación de la ejecución de esas penas, dando intervención a la Justicia Nacional de Ejecución Penal (puntos dispositivos I y II de la decisión de fs. 215/230). Por la misma decisión la Cámara no hizo lugar a las solicitudes de Graciela Beatriz Daleo y de Ana María Martí, de ser tenidas como parte querellante en la causa, quienes pretendían legitimación para intervenir en la ejecución de la pena (punto dispositivo III de la misma decisión). Aunque el *a quo* no lo declaró expresamente en la parte dispositiva, surge de los fundamentos de la decisión que también desconoció legitimación para promover la incidencia a la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos, representada por la señora Alicia Palmero, y a la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, representada por el doctor Rodolfo Yanzón (consid. II, letra a, de la decisión recurrida).

Contra lo resuelto en los puntos dispositivos I y II antes citados, interpusieron recursos de casación los defensores de Jorge Rafael Videla (fs. 234/269) y de Emilio Eduardo Massera (fs. 270/289), los que fueron concedidos (fs. 298/299).

B.- En el recurso de casación de fs. 234/269 los defensores de Jorge Rafael Videla plantean diversas cuestiones, a saber: a) la nulidad de todo lo actuado por la Cámara a quien atribuye haber reabierto de oficio la causa n° 13/84, que según alega se hallaba fenecida por haberse extinguido la condena a pena privativa de libertad por el indulto, b) la afectación de derechos irrevocablemente adquiridos por el condenado a partir de que la Cámara había aceptado los efectos del indulto, con consentimiento del Ministerio Público, diecisiete años antes de la decisión contra la que ahora recurre, y la afectación de la cosa juzgada, la preclusión y la estabilidad de las decisiones judiciales; c) la afectación de la imparcialidad al adoptar el tribunal el rol de parte y asumir como propio el reclamo de inconstitucionalidad de ciertas personas que pretendían legitimación para impugnar el indulto, a las que el *a quo* no les

reconoció personería; d) la falta de jurisdicción de los tribunales para examinar el contenido del indulto emitido en ejercicio de la facultad del art. 99, inc. 5, C.N., por tratarse de una atribución exclusiva del Presidente de la Nación, no justiciable; e) la existencia de afirmaciones contradictorias en la sentencia al sostener su competencia para examinar el caso en la jurisdicción que había tenido para el dictado de la sentencia de condena de acuerdo al art. 10 de la ley 23.049, y al sostener en un punto ulterior que por virtud de la ley 24.820 quedó abolida la jurisdicción militar que, por avocamiento, había asumido en la causa n° 13/84; f) la infracción al art. 18 C.N. por la alegada aplicación retroactiva de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas; g) la errónea interpretación del art. 75, inc. 22, C.N., en la medida en que -según pretende- la incorporación de los tratados allí enunciado rige para el futuro; h) la modificación posterior a la sentencia de la calificación de hechos ya juzgados; i) la inexistencia de una regla que impida el indulto de delitos calificables como crímenes de lesa humanidad y la alegación de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no excluye a ningún delito de la posibilidad de indulto; j) la impertinencia de la aplicación al caso de la doctrina de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Barrios Altos v. Perú” y “Almonacid Arellano vs. Chile”, que según pretende se restringen a los casos de auto-ammistías y no se extiende a los indultos a condenados; k) la errónea interpretación del art. 29 C.N. en violación al principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*, de la que el *a quo* infirió la prohibición de indultar los delitos por los que Jorge Rafael Videla fue condenado.

En el término de oficina los defensores han presentado el escrito de fs. 392/396, en el que se han remitido al escrito de interposición y se ha ocupado de argumentar acerca de la inaplicabilidad al caso de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 330:3248 (“Mazzeo, Julio Lilo”) por inexistencia de analogía, y de desarrollar los fundamentos de su pretensión de que los delitos por los que fue condenado Jorge Rafael Videla no

Cámara Nacional de Casación Penal

están excluidos de la posibilidad de indulto, a cuyo fin han recurrido a aspectos de la discusión de los Convencionales en la reforma de la Constitución de 1994.

A la audiencia señalada a tenor del art. 468 C.P.P.N. sólo compareció el defensor de Jorge Rafael Videla, doctor Alberto Rodríguez Varela. Allí sintetizó los agravios introducidos en el recurso de casación, y los fundamentos del escrito anterior, y declaró que no pudo tener acceso a la decisión de la Cámara Federal que originariamente había reconocido los efectos del indulto n° 2741/90 y dispuesto la libertad del imputado, pero que la existencia de tal decisión estaba claramente indicada por la resolución posterior de fs. 32.300, que había desconocido legitimación a quien se había presentado para impugnar la constitucionalidad del indulto, y por las constancias de la causa de las que surgía que se había ordenado la expedición de certificados de extinción de las penas impuestas.

Por su parte, la defensa oficial de Emilio Eduardo Massera, ha planteado en el recurso de casación de fs. 270/289 las siguientes cuestiones: a) que las leyes de amnistía e indulto deben ser entendidas como el reflejo de la necesidad social de reconciliación y olvido de los delitos cometidos en la última dictadura militar, en cuyo contexto pretende sea examinado el decreto del Poder Ejecutivo n°2741/90; b) que los hechos que fueron objeto del juzgamiento de su defendido son anteriores a la reforma constitucional de 1994, de donde pretende que por imperio de la prohibición de la irretroactividad de las leyes penales no puede recurrirse a calificaciones jurídicas inexistentes al momento de ser cometidos los hechos; c) que el decreto del Poder Ejecutivo que concedió el indulto tiene una larga tradición, persigue: "la concordia social y política", y no es susceptible de ser declarado inconstitucional porque no es justiciable en tanto el Poder Judicial no se encuentra habilitado para juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de otros poderes; d) también

se ha extendido sobre la finalidad de las llamadas leyes de punto final y de obediencia debida y sobre la afectación, sobre el límite de control de constitucionalidad de las leyes, sobre la inexistencia de concesión de facultades extraordinarias al Congreso por quienes tomaron el poder por las armas el 24 de marzo de 1976, y sobre la incompatibilidad de las leyes que imponen la imprescriptibilidad de la acción penal ex post facto.

En el término de oficina la señora Defensora Pública que actúa ante esta Cámara sostuvo lo que había adelantado en una presentación anterior, en el sentido de que el debilitamiento de la salud de Emilio Eduardo Massera le *“impide instaurar la legitimación activa para su asistencia, toda vez que el nombrado no pudo ni puede decidir respecto de su defensa”* e impetró que *correspondía la suspensión del trámite de la causa a su respecto”* (fs. 403).

En sustitución de la intervención en la audiencia señalada a tenor del art. 468 C.P.P.N., la misma Defensora Pública presentó la breve nota de fs. 473/475. En síntesis insistió que tratándose de un caso de incapacidad mental sobreviniente de Emilio Eduardo Massera, no existe otra opción que suspender a su respecto el proceso que se le sigue, en la forma que prevé el art. 77 C.P.P.N., porque el nombrado *“no se encuentra [...] capacitado para escoger su defensa, como tampoco se encuentra esta asistencia técnica, habilitada para desarrollar una estrategia respecto de, por ejemplo, la voluntad del imputado de resistir la declaración de inconstitucionalidad del indulto oportunamente otorgado”*. De manera subsidiaria, la defensora sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de los indultos otorgados por el decreto 2741/90 afecta las estructuras básicas del derecho penal: la irretroactividad de la ley penal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, por las razones que allí indica.

C.- Los recursos de casación de fs. 234/269 y fs. 270/289 han sido deducidos contra una decisión posterior a la sentencia de condena que, aunque no comprendida en el art. 457 C.P.P.N., cae bajo los supuestos del art. 491, segundo párrafo, C.P.P.N., en la medida en que la declaración de

Cámara Nacional de Casación Penal

inconstitucionalidad anula los efectos del indulto, y por consecuencia habilita a la continuación de la ejecución de las penas de reclusión perpetua impuestas, las que sólo habían sido cumplidas de modo parcial cuando aquel fue dictado. Se trata pues de una incidencia de ejecución.

-II-

Entiendo necesario, a fin de examinar los remedios casatorios, relevar la génesis de la decisión de fs. 215/230.

a) Hasta el momento del dictado del decreto n° 2741/90 por el que el entonces Presidente de la República Argentina les concedió el indulto, Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera se encontraban purgando las penas de reclusión perpetua que les habían sido impuestas en la causa n° 13/84.

b) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, dispuso la libertad de los condenados en razón del indulto concedido.

Con las medidas para mejor proveer dispuestas a fs. 446 y fs. 471 del presente incidente se procuró determinar la existencia y fundamentos de la decisión judicial de esa Cámara por las que se los había puesto en libertad. El *a quo* ha remitido ciertas copias del expediente (las agregadas a fs. 447/469), y más tarde ha contestado que "*no han sido habidas otras constancias que las remitidas con fecha 23 del corriente mes*" (SIC, fs. 487).

Sin perjuicio de ello, la existencia de tal decisión -aunque no sus argumentos- se infiere sin atisbo de duda de las copias disponibles.

Por un lado, de la copia de la resolución de fs. 32.300 adoptada por la Cámara Federal, en pleno, y del pedido de Rosa Graciela Fernández Meijide que es su antecedente (agregadas a fs. 450 y 449, respectivamente) por la que aquélla declaró, con cita de un fallo de la Corte Suprema, que "*no resultan admisibles los planteos articulados por particulares damnificados contra decretos de indulto del Poder Ejecutivo Nacional*". Por otro, se infiere

del indicio que aporta la copia de fs. 32.299 y vta. (agregada a fs. 448), de las que surge que el entonces presidente de la Cámara Federal ordenó expedir certificados a favor de algunos de los condenados dando cuenta de la extinción por indulto de la condena a pena de prisión impuesta en la causa n° 13/84 a Armando Lambruschini, comprendido en el anexo del decreto de indulto n° 2741/90.

En definitiva, porque surge de la misma decisión recurrida -aunque no de modo expreso sí de modo concluyente- que la ejecución de las penas de reclusión perpetua impuestas a Jorge Rafael Videla y a Emilio Eduardo Massera había cesado por efecto del indulto del Poder Ejecutivo, y que ahora se disponía *“se continúe con la ejecución de la pena privativa de libertad que se le[s] impuso”*. Ninguna otra conclusión es posible tan pronto se advierte que este dispositivo es consecuencia lógica del dispositivo I de la decisión que resolvió *“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”*.

c) Por presentación de 25 de agosto de 2005, los abogados Alicia Palmero, invocando representación de la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos, y Rodolfo Néstor Yanzón, invocando representación de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, y la calidad de querellantes reconocida en otras causas (14.216/03 y 14.217/03), pidieron a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, la declaración de inconstitucionalidad del decreto n° 2741/90, por las razones que allí expresaron (fs. 1/7), lo que dio lugar a que el entonces presidente de la Cámara ordenase la formación de este incidente (fs. 9). Después el presidente dispuso que los peticionarios acreditaran la representación invocada y otras medidas ordenatorias tendentes a constatar la supervivencia y domicilio de los beneficiados por el indulto (fs. 10).

Antes de que se hubiese satisfecho la acreditación de aquella representación, el nuevo presidente de la Cámara Federal ordenó se certificara

Cámara Nacional de Casación Penal

"*quiénes resultan partes interesadas en el presente incidente*" (fs. 70), lo que dio lugar a un informe de la Actuaría en la que identificó la fiscalía que había actuado en el caso, los condenados y sus defensores, y enumeró las personas que "*surgieron*" como partes damnificadas (fs. 70 vta. /71).

Más tarde, el mismo presidente dispuso que no habría de expedirse sobre lo peticionado a fs. 1/8 respecto de Emilio Eduardo Massera "*considerando los antecedentes glosados a fojas precedentes relativos a su estado de salud*" (fs. 126, punto II), y emplazar a Jorge Rafael Videla de la formación de este incidente, y para que designe letrado defensor (fs. 126, punto III), de lo que se notificó al representante del Ministerio Público, doctor Federico Delgado (fs. 126 vta.).

El condenado Jorge Rafael Videla se presentó constituyendo domicilio y designando dos letrados defensores (fs. 143).

d) Por presentación de 25 de abril de 2006, las señoras Graciela Beatriz Daleo y Ana María Martí, se presentaron invocando actuar por derecho propio y solicitaron que en su calidad de damnificados por los hechos por los cuales fue condenado Emilio Eduardo Massera se las tuviese en calidad de querellantes, de acuerdo a los arts. 82 y ss. de la ley 23.984; adhirieron al planteo de inconstitucionalidad de fs. 1/8, y requirieron un pronunciamiento que abarcase a todos los condenados indultados, aunque algunos de ellos hubiesen fallecido (fs. 144).

El presidente de la Cámara tuvo presente lo solicitado sin adoptar en ese momento providencia alguna (fs. 145).

e) Por decreto de fecha 15 de mayo de 2006 el mismo presidente de la Cámara Federal proveyó: "*[...] Por consultado el Tribunal, atento a la presentación que dio origen a la presente incidencia y teniendo en cuenta lo ya dispuesto mediante auto de fs. 126, corresponde a esta Cámara expedirse respecto de la regularidad constitucional de los indultos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante Decreto n° 2741/90. // Por otra parte, dada la*

solicitud de ser tenidas por parte querellante en los términos del artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación, efectuada por Graciela Beatriz Daleo y Ana María Martí, deberá determinarse además la ley procesal aplicable a estos actuados. // Teniendo ello en cuenta y a fin de que las partes expresen su opinión sobre ambas circunstancias, córrase vista al Sr. Fiscal General, a las víctimas presentadas y a los condenados Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera. // Respecto de esto último, no obstante lo sostenido en el auto de fs. 126 ya mencionado, atendiendo a lo que surge del punto I del escrito agregado a fs. 144, y a los fines de garantizar su derecho de defensa, corresponde se corra vista a quien se encuentre a cargo de la Defensoría Oficial n° 1, que, tal como surge de las constancias de fs. 102/108 lo representa ante los Juzgados del fuero. // En lo que hace a las víctimas, cabe aclarar que el derecho que les cabe como tales a participar de la sustanciación de estas cuestiones, excede la ley procesal que en definitiva se resuelva aplicar a este incidente [...]" (fs. 152).

Por el Ministerio Público se notificó el Fiscal Federal doctor Federico Delgado (fs. 152 vta.) que no presentó dictamen ni petición alguna.

Los abogados defensores de Jorge Rafael Videla se presentaron instando se rechacen los pedidos de ser tenidos por parte querellante de Graciela Beatriz Daleo y de Ana María Martí, indicando que durante el trámite anterior a la sentencia de condena rigió el caso el Código de Justicia Militar que no preveía la institución del querellante, y que la ley 23.984, invocada por las peticionarias, excluye la intervención del querellante en todo trámite posterior a la sentencia, y en especial en el de la ejecución de la pena. Citó el caso de Fallos: 313:1392, que había negado legitimación al particular ofendido para impugnar un decreto de indulto y la decisión de la misma Cámara de fs. 32.300 que había desconocido legitimación a la señora Rosa Graciela Castagnola de Fernández Meijide. También alegaron que la jurisdicción de la Cámara se había agotado con la sentencia de condena, que la pena de reclusión perpetua impuesta se extinguió por efecto del decreto de indulto, que cuando el

Cámara Nacional de Casación Penal

entonces Presidente de la Nación emitió ese decreto no se invocó conflicto alguno con la Constitución Nacional ni con los tratados de derechos humanos a los que ya había adherido la República Argentina, que la potestad de indultar era discrecional del Presidente y no sujeta a revisión judicial, que la misma Cámara Federal y la Fiscalía General "*homologaron, consintieron y aceptaron el decreto de indulto*", que a partir de allí cesó su rol de tribunal de ejecución, y reclamaron la estabilidad de lo decidido. Argumentaron sobre el fondo de la pretensión de inconstitucionalidad del indulto y desconociendo al *a quo* competencia para resolver el tema planteado a fs. 1/7, sosteniendo que debió rechazarlo *in limine*, y proponiendo, *ad eventum*, que en todo caso debía procederse por la acción declarativa de certeza prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concluyeron alegando que "*como tribunal de ejecución penal cesó la Cámara Federal cuando ordenó la libertad de los indultados y convalidó el Decreto 2741/90. Como proceso judicial, la causa 13/84 está muerta y no puede ser resucitada a través de este incidente que, en rigor, no es tal, porque los incidentes, como lo establecen las normas de forma, tramitan sólo con relación a procesos activos*" (fs. 157/169).

Por Emilio Eduardo Massera se habían presentado dos defensores oficiales Ad-Hoc, que adhirieron al planteo anterior y solicitaron nueva vista por un plazo mayor que asegurase el derecho de defensa en juicio (fs. 188), ante lo que el presidente concedió una extensión de tres días (fs. 189). El día 3 de julio de 2006, los mismos defensores solicitaron en primer término la suspensión del trámite respecto de su defendido, por no encontrarse en condiciones de ejercer debidamente su derecho de defensa en juicio, y subsidiariamente se opusieron a la declaración de inconstitucionalidad del indulto, haciendo mérito de los fines políticos a los que sirven los indultos, invocando el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad de leyes más gravosas, y objetando que no existía posibilidad de una reapertura de la causa (fs. 190/196).

Ana María Martí se presentó exponiendo los fundamentos por los que perseguía la declaración de inconstitucionalidad del indulto, pero no se pronunció de ningún modo para fundar su pretensión de ser tenida como querellante (fs. 176/177), mientras que Graciela Beatriz Daleo además de exponer los fundamentos por los que perseguía igual declaración, invocó nuevamente su calidad de “*damnificada por los hechos por los cuales fue condenado Emilio Eduardo Massera*”, sin dar otras precisiones, y nada dijo sobre su pretensión anterior de ser tenida por parte querellante (fs. 178/183).

f) El 25 de abril de 2007 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, actuando en pleno, dictó la decisión de fs. 215/230 por la que al mismo tiempo desconoció legitimación a los pretensos querellantes, y resolvió sobre el fondo las peticiones que estos habían presentado, declarando la inconstitucionalidad del indulto n° 2471/90 en cuanto concierne a las penas de reclusión perpetua impuestas a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera, y dispuso las providencias necesarias para la reanudación de su ejecución bajo control de un juez de ejecución penal.

Esa decisión que fue notificada al Fiscal General Germán Moldes (fs. 231), a los defensores de los dos condenados (fs. 231 y 290) y a los presentantes de los escritos de fs. 1/7 y fs. 144 (fs. 291/293), sólo ha sido recurrida en casación por las defensas de los condenados. Los demás han dejado agotar los plazos para interponer recursos.

Puestos los autos en Secretaría a tenor de los arts. 465, primera parte, y 466, C.P.P.N. los defensores de Jorge Rafael Videla presentaron escrito de ampliación de fundamentos (fs. 392/396) del que se dio traslado al Fiscal General (fs. 401). También hizo su presentación en término de oficina la Defensora Pública, doctora Eleonora Devoto (fs. 403), de la que también se hizo entrega al fiscal (fs. 405).

El representante del Ministerio Público que actúa ante esta Sala no realizó ninguna presentación a tenor del art. 465 C.P.P.N. El día 27 de febrero de 2009, presentó un pedido de pronto despacho invocando que desde que

Cámara Nacional de Casación Penal

quedó firme la integración de esta Sala no se había adoptado resolución alguna (fs. 419), lo que dio lugar a la fijación de la audiencia (fs. 420).

A ella se ha presentado solamente uno de los defensores de Jorge Rafael Videla. La Defensora Pública de Emilio Eduardo Massera ha presentado las breves notas de fs. 473/475. Esas presentaciones oral y escrita, respectivamente, han sido sintetizadas en el punto II, letra B, precedente.

g) Entiendo que, por razones lógicas, no es pertinente seguir el orden expositivo de los agravios presentados por los recurrentes, porque, de entre todos ellos, hay cuestiones que a mi modo de ver vienen en primer orden de consideración, pues se refieren a presupuestos procesales de la jurisdicción ejercida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que, si estuviesen ausentes, como lo pretenden los defensores de Jorge Rafael Videla, ello sería dirimente para la solución del caso.

-III-

En primer lugar corresponde tratar la contención de la defensa de Emilio Eduardo Massera que pretende que la alegada incapacidad psíquica del condenado impide la decisión del recurso de casación, e impone la suspensión del trámite en los términos del art. 77 C.P.P.N.

En este aspecto, por un lado, la defensa no se hace cargo de refutar la decisión recurrida en cuanto sobre este punto ha expresado 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 [...] 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 [...] 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)”.

Por otra parte, la pretensión de la defensa se apoya en una errónea interpretación del art. 77 C.P.P.N., que no rige para la etapa de ejecución de sentencia, sino en los supuestos anteriores a la sentencia firme. Ello surge con claridad del propio texto legal que declara: *“la suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados. Si curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto”*.

Ahora bien, en cualquier caso, las disposiciones del Código Penal indican que la incapacidad psíquica sobreviniente durante la condena no acarrea la interrupción del trámite de ejecución, sino, solamente, el cambio de régimen de internación. Ello se infiere del art. 25 C.P. que establece que *“si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero del inciso 1º del artículo 34”*. Es obvio pues, que la incapacidad psíquica sobreviniente solo afecta el régimen de ejecución, pero no el planteo de incidencias de ejecución.

En todo caso, nada impide que cuando el condenado no esté en condiciones psíquicas de ejercer y defender sus derechos, el Estado le provea de representación adecuada de un defensor (confr. *mutatis mutandis* Fallos: 328:4832).

Por ello, entiendo que debe rechazarse la pretensión de la defensa de que esta Cámara no estaría habilitada a decidir sobre la presente incidencia de ejecución hasta tanto el condenado recupere sus capacidades psíquicas.

-IV-

Que despejada la cuestión anterior, entiendo adecuado dar tratamiento de primer orden a la alegación de la existencia de una cuestión no

Cámara Nacional de Casación Penal

justiciable.

Ello es así pues, si los tribunales del Poder Judicial estuviesen impedidos de confrontar los indultos presidenciales con alguna cláusula de la Constitución por razón de algún obstáculo que surgiese de la Constitución misma, entonces el resto de los planteos sería de innecesario tratamiento.

Los defensores de Jorge Rafael Videla sostienen que *“el indulto es un acto de gobierno, que sólo puede ser revisado por la justicia cuando existen vicios de forma [...] pero nunca es cuestionable la voluntad de indultar expresada en el acto”* (fs. 243, con cita de Fallos: 314:1440; 313:1392 –voto de los jueces Petracchi y Oyhanarte– y de Fallos: 315:2421 –voto del juez Fayt–).

Afirman que *“tal acto pone en vigencia una prerrogativa soberana por razones y con fines exclusivamente políticos”* y que *“el ordenamiento institucional se vería gravemente subvertido si los jueces tomaran para sí el poder de admitir o rechazar las finalidades de ese atributo de la soberanía que es el indulto e invadieran, así, una esfera en que la Constitución quiso que imperara la discreción razonable del Presidente de la Nación”* (ibídem).

Los recurrentes han evocado el caso de Fallos: 220:730, y una decisión de una Cámara Federal de San Martín, que habían declarado que *“la potestad de indultar es discrecional dentro de los límites de la norma invocada y el juicio presidencial sobre su oportunidad, conveniencia y alcance, configura un objeto ajeno a la revisión judicial”* (fs. 248)

Insisten en que el indulto no puede ser invalidado en razón de la causa, y *ad eventum* sostienen que *“en cuanto acto jurídico (no importa cual sea su contenido), su nulidad por vicios de la voluntad [...] sólo puede ser pedida dentro del plazo de dos años que establece el Código Civil en el art. 4030 [...] En tal caso [...] la acción de nulidad estaría extinguida por el mero transcurso del tiempo”* (fs. 245).

Los defensores de Emilio Eduardo Massera, aunque de modo más sintético, han objetado también que un tribunal de justicia tenga jurisdicción para examinar *“la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los restantes Poderes del Estado”*.

La pretensión de los recurrentes, en los términos en que está planteada, reposa sobre una base errada, pues confunde el objeto del control de constitucionalidad con el dominio de discrecionalidad reservado al Presidente de la Nación en el ejercicio de ciertas atribuciones políticas, entre las que se encuentra la facultad de indultar o conmutar penas, concedida por el art. 99, inc. 5, C.N., en cuanto dice: *“El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 5.- Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”*.

La declaración del art. 31 C.N. en punto a que la Constitución es *“ley Suprema de la Nación”*, trasciende al tenor literal que impone a los gobiernos de provincia sujetarse a ella, pues también ella es *“suprema”* para las autoridades federales, cuya autoridad y poderes sólo pueden provenir de ella, con los límites y bajo las condiciones que ella fija. En estos términos la atribución del Presidente de conceder indultos y conmutación de penas tiene su fuente y sus límites en el texto constitucional, y la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación tienen jurisdicción para decidir *“causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”* a tenor del art. 116 C.N.

Aunque la autoridad para conceder indultos y conmutaciones es exclusiva del Presidente de la Nación, ello no significa que, cuando la ejerce, no deba respetar las condiciones formales ni los límites materiales que la Constitución fija a su ejercicio, ni impide que en caso de defecto formal o exceso, el ejercicio de esa autoridad sea revisada por los jueces del Poder Judicial de la Nación.

Así se sostiene que la exclusividad de indultar y de conmutar

Cámara Nacional de Casación Penal

penas del Ejecutivo “no impide al Poder Judicial decidir sobre los efectos y alcances de los decretos que establecen indultos en los planteos concretos que se pueden articular e inclusive entender en las impugnaciones de nulidad o de inconstitucionalidad que excepcionalmente se susciten” (GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1992, tomo 1, p. 261).

El art. 99, inc. 5, C.N. confiere al Jefe del Poder Ejecutivo discrecionalidad para evaluar las razones de oportunidad, mérito, conveniencia o necesidad de indultar o conmutar penas cuyo ejercicio no está sujeto a revisión judicial, porque este es uno de los efectos de la división de poderes. Como se ha dicho: “En virtud de este requisito del sistema político en vigor, es cierto que a los tribunales no les está permitido fundar sus pronunciamientos en la evaluación del «acierto o conveniencia» de lo resuelto por los órganos políticos de gobierno” (confr. voto de los jueces Petracchi y Oyhanarte en Fallos: 1392:313 “Riveros, Santiago Omar”, sent. de 11/12/1990, con cita de Fallos: 300:700). Sin embargo esa discrecionalidad no conlleva una inmunidad del control del ejercicio de ese poder, limitado a las formas o a la materia, cuando el poder ha sido ejercido en un caso concreto. Ningún otro órgano puede imponer al Presidente indultar y si lo hace bajo imposición podría presentarse un conflicto con la Constitución por afectación de los poderes discretionales del Presidente; si al contrario éste ejerce ese poder según su discreción, el ejercicio de ese poder debe respetar las condiciones de forma y limitaciones en cuanto a los delitos cuyas penas son susceptibles de indulto.

En este sentido debe entenderse la afirmación de la doctrina en cuanto se sostiene que el indulto y la conmutación de penas es “*atribución claramente discrecional del presidente de la Nación y, por lo tanto exenta del control judicial, en cuanto a personas y circunstancias de aplicación*” (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 3a. Edic., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 854, el resaltado

pertenece al original). Es decir, el indulto está exento de control judicial en cuanto concierne a la elección de las personas y las circunstancias por las que se les concede. Sin embargo, es propio del control judicial examinar si se trata de una pena por un delito cuyo indulto está permitido por la Constitución. Así, cae bajo el control judicial examinar si se trata de una pena por un delito sujeto a la jurisdicción federal, o de una impuesta por tales delitos como consecuencia de un caso de acusación por la Cámara de Diputados, o de alguno de los delitos comprendidos en el art. 36, segundo párrafo, C.N.

Pero también procede el control judicial en casos en los que la prohibición o exclusión no es expresa, pero se alega que el indulto de ciertos delitos está excluido de las facultades del art. 99, inc. 5, por ser incompatible con alguna cláusula de la Constitución. Si se trata de indagar un punto regido por la Constitución en una causa concreta, o en otros términos, si de la Constitución se infiere una prohibición de indulto, entonces los jueces tienen jurisdicción para interpretar la Constitución y decidir si existe incompatibilidad entre el indulto y alguna de sus cláusulas. Tal es el caso, por ejemplo, en el que se discute si son susceptibles de indulto las penas aludidas en el art. 29 C.N. También es el caso en que se pretende que se decida si alguna cláusula de la Constitución impide el indulto de cierta clase de delitos. En este grupo alguna doctrina comprende a los actos de indulto que conciernen a delitos a los cuales el derecho internacional público reputa “no condonables” (así p. ej. SAGÜES, Néstor Pedro, en nota publicada en La Nación, 2 de marzo de 1991, GUASTAVINO, *op. cit.* tomo 1, p. 262). Del mismo modo, si se pretende que las penas de ciertos delitos no son susceptibles de indulto por su incompatibilidad con alguno de los instrumentos de derechos humanos incluidos en el art. 75, inc. 22, C.N., no puede excluirse la existencia de un caso judicial, cuyo objeto es determinar si tal incompatibilidad existe, y si ella compromete alguna cláusula de la Constitución.

Entiendo, pues que este agravio no puede ser acogido, pues la pretensión de que la decisión del *a quo* se ha entrometido en una cuestión no

Cámara Nacional de Casación Penal

justiciable, en los términos en que aquí ha sido planteada, carece de sustento en la Constitución Nacional.

-V-

Los defensores de Jorge Rafael Videla han sostenido que, si se admitiese la justiciabilidad del indulto, *“ella sólo podría ser declarada en un juicio, promovido por quien tiene legitimación, luego de un proceso en el cual se haya respetado la garantía de defensa, es decir, que exista una « causa »”* (fs. 242/243 vta.). Pretenden que cuando quedó firme la sentencia de condena *“se inició la etapa de ejecución, con supervisión de la Cámara Federal, que cesó de modo absoluto cuando todos sus jueces y el Ministerio Público consintieron el decreto de indulto que declaró extinguida la pena privativa de libertad impuesta a Jorge Rafael Videla. A partir de ese momento la Cámara Federal ya no tuvo “causa” alguna que le permitiera ejercer su jurisdicción”* (fs. 242 vta., reiterado en sentido análogo a fs. 251). Advierten los defensores que *“no supe tal carencia la invocación del precedente de Fallos: 327:3117, referido a la discutida facultad que tendrían los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes porque, como se puntualiza en ese fallo, los tribunales no pueden formular tal declaración « fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución »”* y concluyen que la Cámara Federal *“ha ejercido su actividad jurisdiccional sin que exista una « causa » abierta y en trámite, con lo cual se arrogó una competencia y una facultad que no tiene, lo cual importa una gravísima violación del principio de división de poderes [...] se arrogó el rol de parte al deducir por sí misma una pretensión de inconstitucionalidad en una causa fallada y archivada hace diecisiete años”* (fs. 243 vta. / 244).

Se quejan de que *“La causa 13 nunca pudo ser reabierta «de oficio», sin vulnerar los derechos constitucionales irrevocablemente*

adquiridos por Jorge Rafael Videla". Sostienen que "Empero, a pesar de esa imposibilidad legal y constitucional, la causa 13 fue reabierta a instancias de varias personas (Alicia Palmero, Beatriz Daleo y Ana María Martí) a las que paradójicamente la propia Cámara Federal les niega toda personería para efectuar peticiones. No obstante, la Excma. Cámara, declinando mantener el rol imparcial que, de acuerdo con el texto expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, inc. 1º) y contradiciendo su expreso reconocimiento de incompetencia y falta de jurisdicción, resolvió [...] la nulidad parcial del decreto 2741/90, sin pronunciarse, empero sobre las decisiones de la Cámara Federal que lo convalidaron ni sobre las intervenciones del Ministerio Público que lo consintieron" (fs. 238/239).

A ese respecto pretenden que "si la Cámara Federal hubiera actuado como un tribunal imparcial, debería haberse limitado a rechazar las peticiones de los presentantes y a no hacer lugar –como lo decidió finalmente en el dispositivo de su resolución–, a la pretensión de Daleo y Martí de asumir el rol de querellantes, disponiendo que el expediente volviera al archivo" (fs. 239 vta.). También agregan que "resulta tan manifiesta la inadmisibilidad de los planteos propuestos por los iniciadores de este incidente, y tan notoria su falta de personería para formular cualquier requerimiento, que la Cámara Federal, además de rechazarlos –como lo hizo– debió –extremo que no cumplió– ordenar el inmediato archivo de las actuaciones" (fs. 240).

Estos planteos aparecen presentado de un modo en el que resulta difícil distinguir entre la acusación de que se actuó de oficio, sin petición de parte legitimada, la alegación de inexistencia de "causa" pendiente o en trámite, y los reclamos de cosa juzgada o alegaciones de derechos irrevocablemente adquiridos. Más allá de esa dificultad de distinción, es claro que los recurrentes no se quejan solamente de que el *a quo* hubiese decidido declarar la inconstitucionalidad parcial de los indultos concedidos por decreto n° 4371/90, sino de que lo hicieron sin que hubiese estado habilitado el ejercicio de la jurisdicción por la existencia de una causa o caso.

Cámara Nacional de Casación Penal

El *a quo*, examinó en primer lugar “*las cuestiones relativas a la admisibilidad de la presentación [de fs. 1/7] y a la competencia [del] Tribunal para intervenir en el caso*” (consid. II de la decisión recurrida). Allí evocó la decisión anterior en la que con cita de la doctrina de Fallos: 307:1457 y 313:1392, había rechazado la presentación de Rosa Graciela Castagnola de Fernández Meijide de fs. 32.299, por cuanto “*en el marco de actuaciones regidas por el Código de Justicia Militar los particulares damnificados se encuentran sometidos a las normas de procedimiento que tal ordenamiento impone*”. Entendió que conforme a esa jurisprudencia sólo podrían indicar medidas de prueba, solicitar que se les notifique la sentencia o la radicación de la causa ante la Cámara Federal, eventualmente interponer los recursos previstos por los arts. 445 bis del Código de Justicia Militar y también eventualmente, recurrir de la sentencia de la Cámara Federal por la vía del art. 6 de la ley 4055. Afirmó sin embargo que “*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*”.

Después de enunciar la “*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*”, que “*este deber, a su vez, no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole*”, y que incumbe al Estado dar garantías de no repetición, la Cámara se ha considerado habilitada a actuar de oficio afirmando que “*es doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las autoridades estatales deben actuar ex officio y sin dilación una vez advertido el cumplimiento de esta obligación*” (con cita de la sentencia en el “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú). Y concluyó que “*más allá de*

la legitimación procesal de los presentantes 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 [...] 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”. Agregó sobre el punto que “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).

En un punto posterior, el *a quo* expresó: “*En relación al 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.)” (confr. Punto III de la decisión recurrida).*

El desconocimiento de legitimación a la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos y a la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, y a las pretensas querellantes señoras Daleo y Martí, ha quedado consentida por cuanto ninguno de los incidentistas recurrieron de la decisión del *a quo* en cuanto había sido adversa a sus pretensiones, que no se restringían a la declaración de inconstitucionalidad del indulto, sino que comprendían una pretensión más amplia de actuar durante la etapa de ejecución de pena. De tal suerte, sólo resta examinar si el *a quo* tenía jurisdicción habilitada para examinar la constitucionalidad del decreto 2741/90 sin una pretensión introducida por sujeto a quien se reconociese legitimación procesal.

Un examen de las disposiciones pertinentes de la Constitución y

Cámara Nacional de Casación Penal

de las leyes que la reglamentan, y de la misma jurisprudencia que se cita en la sentencia, conduce a la conclusión de que no había un caso o controversia que habilitase la jurisdicción de la Cámara para examinar la compatibilidad del indulto n° 2741/90 con la Constitución Nacional, porque la Cámara había desestimado legitimación a los presentantes de fs. 1/7, y también la de los de fs. 144, para presentarles un caso. Ese examen también pone en evidencia que la argumentación del *a quo* incurre en una confusión conceptual insuperable entre el poder de los jueces del Poder Judicial de hacer valer la supremacía de la Constitución, declarando la invalidez de una norma o acto, aunque la cuestión constitucional no sea invocada por las partes de un litigio pendiente, y el -alegado- poder de los jueces del Poder Judicial de tomar decisiones sin que se le haya introducido por alguna persona legitimada ninguna pretensión que dé lugar a un caso, causa o controversia.

-VI-

Uno de los intérpretes más adelantados y respetados de la Constitución Nacional proporciona el punto de partida de la afirmación anterior en cuanto dice: “[...] « *Aplicar la ley* » es el objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar por sí una ley o una cláusula constitucional, y estudiarlas o interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes: su facultad para explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las cuestiones se suscitan o se traen ante ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones” (GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, ÁNGEL Estrada y Cia., Buenos Aires, 16ª. Edic.; p. 609, con cita de Fallos: 1:28; 2:253; 4:75; 5:316; s. II, 6:65; s.

III, 5:144).

El Capítulo I de la ley n° 27 al definir la “Naturaleza y funciones generales del Poder de la Nación”, establece en su art. 2 que la Justicia Nacional *“nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”*. En el art. 3 declara esa ley que *“uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”*. Estas dos provisiones ponen en evidencia una distinción: los jueces del Poder Judicial deben asegurar la supremacía de la Constitución prescindiendo *“al decidir las causas”* de toda disposición u acto de otro poder que se le oponga (art. 3), pero deben hacerlo en el marco de un caso o causa, esto es que ejerce jurisdicción en los casos que le es requerida a instancia de parte. Fuera de un caso o causa no son garantes de la supremacía Constitucional.

En uno de los primeros casos de la jurisprudencia en los que la Corte se ha pronunciado sobre el control de constitucionalidad, la Corte Suprema ha declarado: *“Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos”* (Fallos: 33: 162, “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”).

¿Cuál es la fuente normativa de esta función? Ella es inherente a ciertas cláusulas de la C.N. En particular el art. 31 que sienta el principio de supremacía constitucional, el art. 30 que define el carácter rígido de la ley

Cámara Nacional de Casación Penal

fundamental que impide la enmienda por el Congreso, y el art. 116, en cuanto confía a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, “*el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*” (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*, 4a. Edic., Astrea, Buenos Aires, 2002, tomo 1, p. 97).

A este respecto se expresa que, “*sin menoscabo de lo que corresponde decir respecto de la acción declarativa de inconstitucionalidad y de los procedimientos no contenciosos [...] el requisito de que la cuestión se plantee en un juicio o caso para la admisibilidad del recurso extraordinario, se debe entender como la exigencia de una contienda entre partes, pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento según el concepto de Marshall. Este concepto de juicio o caso se entronca con el de « causa » o « asunto » utilizado por los arts. 100 y 101 de la Constitución nacional, que también emplea el vocablo « juicio » en su cláusula 102 [...]*” (GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1992, tomo 1, p. 235, con referencia al texto anterior a la reforma de 1994).

En Fallos: 245:552 la Corte Suprema declaró que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un *caso* o *controversia* sea observado rigurosamente, y que tales *casos* o *causas* en los artículos 100 y 101 CN (actuales art. 116 y 117 según texto reformado de 1994) son aquellos que contempla el art. 2 de la ley 27, con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los casos contenciosos.

Y en el caso de Fallos: 306:1125 (1984) –voto de la mayoría– se estableció que “*el poder judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales nacionales por los arts. 94, 100 y 101 de la Constitución se define de acuerdo con invariable interpretación receptada por el Congreso argentino y por la jurisprudencia de este Tribunal, de la doctrina*

constitucional de los Estados Unidos, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2º de la ley 27. Dichas causas son aquellas en las que se persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 156:318, considerando 5º, p. 321) Y por ello no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del poder judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura, como ocurre con la demanda de autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o de los actos de los otros poderes (Fallos: 243:176 y 256:104, cons. 5º, segundo párrafo)”. En ese voto se ha explicado que “ello es así porque, como también lo ha afirmado la Corte Suprema en Fallos: 242:353, considerando 3º, «el fin y las consecuencias del ‘control’ encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que este requisito de la existencia de un ‘caso’, o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según lo expone el juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S. 149)» [...]”. Al respecto ha concluido que “Por tal motivo se ha dicho en Fallos: 256:104, considerando 2º, que resulta condición para el examen judicial de la constitucionalidad de las leyes u otros actos de la autoridad que él ocurra como aspecto de un litigio común o como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de aquéllos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte que los impugna”.

Estas afirmaciones corresponden a la interpretación tradicional y más temprana de “caso” o “causa”, según la cual la Corte había declarado que “*Todo asunto susceptible de ser llevado a resolución de los tribunales de justicia, cuando involucre alguna cuestión de naturaleza federal y la decisión recaída sea irrevisable dentro del mecanismo local, constituye un caso o pleito o juicio a los efectos del art. 14 de la ley 48*” (Fallos: 186:97). También había decidido que “*todo asunto susceptible de ser llevado ante los tribunales de justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a ese efecto, constituye un caso, juicio o pleito a los fines del art. 14 de la ley 48*” (Fallos:

Cámara Nacional de Casación Penal

193:115). Es de destacar en este último caso que no se trataba de un pleito de partes sino de una petición de expedición de una orden de allanamiento en ejercicio de poderes de policía estatal sobre ciertos negocios.

Por cierto, se puede promover la supremacía de la Constitución en un caso o causa, que no tenga carácter contencioso. Tal el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 322 C.P.C.C.N.). Ha dicho la Corte al respecto que *“de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye causa en los términos de la ley Fundamental”* (Fallos: 311: 421 y sus citas; en igual sentido Fallos: 311:1835 y sus citas).

También cabe incluir en el concepto de caso la pretensión de quien demuestra un interés legítimo en la protección de un derecho afectado por una decisión en un caso en el que no ha tomado parte, sin embargo ese interés debe hacerse valer en el marco de un caso pendiente. Así cabe evocar que la Corte Suprema ha admitido el recurso extraordinario federal de personas que no han sido sujetos de una relación procesal en el marco de un caso contencioso, es decir de terceros desprovistos de la calidad de “partes”, cuando la sentencia dictada sin su intervención afecta sus legítimos intereses, y siempre que se cumpla con los demás recaudos que son de rigor en la apelación extraordinaria (Fallos: 242:396; 251:521; 306:1719). Incluso en la evolución más reciente de la jurisprudencia de la Corte Suprema posterior a la reforma constitucional de 1994, surge en claro que *“la reforma de 1994 no suprimió el requisito de caso o causa como presupuesto insoslayable de la jurisdicción de los tribunales federales, establecido en el artículo 116 de la Constitución Nacional [y que] por lo tanto, un pronunciamiento judicial respecto de un debate o discusión que no esté referido a lo que esta Corte ha definido como*

"causa" implicaría quebrar límites normativos (y no sólo prudenciales), tal como ellos han sido trazados por el Tribunal en la tarea de interpretar el alcance de la función judicial, de acuerdo con la Constitución Nacional" (confr. voto de la jueza Argibay en Fallos: 329:4593; causa M.979, L° XXXIX, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ E.N.CP.E.N.C M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo"). En esta sentencia, no se trataba de prescindir de la exigencia de un caso o controversia como presupuesto del ejercicio de la jurisdicción, sino de determinar el alcance de la legitimación para la defensa de derechos o intereses colectivos y la de los derechos de incidencia colectiva.

Denominador común de todos estos supuestos, es que los jueces tienen la jurisdicción habilitada porque han sido llamados a pronunciarse sobre una pretensión introducida por una parte legitimada. Esa pretensión puede o no estar enmarcada en una cuestión regida por la Constitución, porque la existencia de un caso o causa y de una pretensión de una persona legitimada es un presupuesto procesal general de habilitación de la jurisdicción, sea que la pretensión requiera la decisión de puntos regidos por la Constitución, o simplemente por las leyes. En todo caso, la discusión acerca de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de oficio de un acto o disposición no prescinde del presupuesto de que exista un caso o pleito, sino que se reduce a indagar si tal inconstitucionalidad puede ser declarada aunque no sea invocada por las partes.

En otros términos, el Poder Judicial de la Nación no tiene una jurisdicción inmanente, para conocer de cuanto eventual conflicto normativo pueda existir, sino que, al contrario, sólo pueden ejercer esa jurisdicción cuando han sido llamados por otros a resolver un caso o causa regido por la Constitución o las leyes, porque no son garantes de modo general y abstracto de la supremacía de la Constitución sino en el marco de los casos que se le presentan.

Esta distinción aparece clara en el caso de Fallos: 324:3219 ("Mill

Cámara Nacional de Casación Penal

de Pereyra Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa"). Así, por ejemplo, se lee en el voto de los jueces Fayt y Belluscio, que admiten la declaración de inconstitucionalidad de oficio de normas legales, aunque ella no hubiese sido invocada por las partes, aunque sostienen que "*el ejercicio de tal facultad en orden a mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas*", esto es, la invalidez constitucional sólo puede ser declarada cuando la entidad de aquella la justifique, la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable, y cuando se proceda en un caso o causa. Sobre esto se expresa: "*debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2º de la ley 27*", y se explica que "*de estos recaudos habrá de derivar necesariamente el carácter incidental de este tipo de declaración de inconstitucionalidad, en el sentido de que, por definición y al tratarse de una declaración oficiosa, no habrá sido solicitada por las partes; de allí que sólo será necesaria para remover un obstáculo -la norma inconstitucional- que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa declaración será el presupuesto para el progreso de otra pretensión (causa A.529.XXII. "Asociación Bancaria c/ Chubut, Provincia del", sentencia del 15 de junio de 1989) o, en su caso, defensa" (considerandos 9 y 10, sin subrayado en el original).*

De modo análogo se lee en el voto del juez Boggiano en el mismo caso que "*si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, es decir fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento, de ello no se desprende que necesariamente la parte interesada*

deba requerir en forma expresa el control de constitucionalidad, ya que éste constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano iura novit curia y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución” (consid. 11, sin subrayado en el original). Este juez declara que “la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos” (consid. 12).

Por excepción la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de ciertos actos o leyes, fuera de un procedimiento judicial, cuando la norma colide con o pone en crisis las propias atribuciones constitucionales de la Corte, su competencia, o el alcance de su jurisdicción.

Entre los supuestos en los que la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de leyes pueden mencionarse “*el supuesto de que la reglamentación [legislativa] exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de esta Corte [...] y en la medida necesaria para determinar la competencia del tribunal*” (Fallos: 238:289; 310:1401), o cuando una ley afectaba los principios relativos al régimen federal de gobierno y el alcance de la jurisdicción conferida a la Corte y a los tribunales nacionales por la Constitución (Acordada de 7 de marzo de 1968); o de actos de la administración, por ejemplo un decreto de necesidad y urgencia que afectaba las remuneraciones de los jueces del Poder Judicial (Acordada de 8 de octubre de 1991). Se trata de supuestos en los que estaban en juego los propios poderes institucionales de la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial.

Esto aparece claramente expresado en el voto del juez Vázquez en

Cámara Nacional de Casación Penal

el citado caso "Mill de Pereyra"; allí distinguió entre la atribución de la Corte Suprema, cuando actúa como órgano máximo del Poder Judicial, de confrontar leyes y actos aún sin planteo o controversia judicial, de las facultades de control de constitucionalidad difuso que pertenecen a todos los jueces del Poder Judicial, que tiene como presupuesto procesal la existencia de un caso o controversia. Así declaró que *"asisten a la Corte facultades implícitas (Fallos: 259:11; 263:15; entre otros) así como necesarias, para salvaguardar la función judicial (Fallos: 256:114) y, en su caso, la investidura de los jueces de la Nación en el ejercicio de sus respectivos cometidos, siempre en la medida que lo requiera el resguardo de su garantía constitucional frente a la acción de los otros poderes del gobierno (Fallos: 286:17)"* (consid. 10), expresando que *"en cuanto actúa en su condición de cabeza del Poder Judicial, y a los fines de cumplir con las trascendentes funciones institucionales antes aludidas, la Corte no precisa del planteo de caso o controversia judicial alguna. Tampoco requiere del estímulo que provee la petición de parte legitimada, pudiendo obrar de oficio, inclusive a los fines declarar la inaplicabilidad o nulidad de normas que afectan el ejercicio de la función judicial"* (consid. 11). Al contrario, señala que *"En el ejercicio de esta otra función institucional, es decir, como tribunal de justicia, esta Corte actúa exclusivamente cuando existe una controversia o caso judicial"* (consid. 12), y *"si el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna)"* (consid. 16).

En la doctrina se examina la cuestión de la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio desde diversos puntos de vista, entre ellos, desde el principio *iura curia novit*. Cuando se afirma que *"el principio de la supremacía constitucional [...] expresamente incorporado al*

*art. 31 de la Const. Nacional, impone el triunfo de ella sobre cualquier ordinaria” y que “es inimaginable al respecto que el silencio de una de las partes del pleito (silencio intencional o culposo) prive al tribunal respectivo de cumplir con el mandato constitucional de asegurar la superioridad de la norma de la Constitución por sobre la norma inconstitucional” (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*, 4a. Edic., Astrea, Buenos Aires, 2002, tomo 1, p. 145) se da por supuesto que existe un pleito y que se han ejercido en él pretensiones.*

La distinción entre la existencia de caso o controversia y la facultad de los jueces de examinar de oficio, bajo ciertas condiciones, la constitucionalidad de leyes o actos cuando existe un caso en el que las partes no invocan un conflicto constitucional aparece claramente expuesto en el voto del juez Vázquez en el citado caso “Mill de Pereyra” en cuanto expresó: “*valga remarcarlo, el control de oficio de la constitucionalidad de las leyes, cuando se actúa como tribunal y no como cabeza de poder, no desvanece sino que, por el contrario, supone como necesaria premisa, la de que exista una « causa » o « controversia » [...]” (consid. 21).*

El *a quo* ha traído en apoyo de su jurisdicción para examinar de oficio la compatibilidad del decreto de indulto n° 2741/90 con la Constitución Nacional la cita del caso de Fallos: 327:2115 (“Banco Comercial Finanzas S.A. -en liquidación Banco Central de la República Argentina- s/ quiebra, sent. de 19 de agosto de 2004). Sin embargo, le ha asignado a esa jurisprudencia un alcance que no tiene, puesto que de ella misma surge la distinción, ya sentada en el caso “Mill de Pereyra” entre el examen de oficio de inconstitucionalidad de una ley o acto, y la existencia de un pleito o controversia jurídica que es presupuesto del primero. Allí los jueces Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco, que concurrieron al voto en mayoría, recogieron la jurisprudencia del caso de Fallos: 311:2478 en cuanto allí se sostuvo que “*es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de*

Cámara Nacional de Casación Penal

*examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ellas"; y agregaron que "si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control e constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*– incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior"* (consid. 3, con cita de Fallos 306:303). Del primer pasaje surge con claridad que las jueces no pueden confrontar las leyes con la Constitución sino en los casos concretos que le son traídos a su decisión; del segundo, que si bien no es necesaria la petición expresa de la parte interesada para habilitar el confronte, ello no libera del presupuesto, la pendencia de un pleito o controversia en el que los jueces están habilitados a aplicar el derecho, con preferencia la Constitución, aun frente a la omisión o errónea invocación de la ley por las partes legitimadas.

En suma, la habilitación de la jurisdicción de los tribunales depende de la existencia de un caso, pleito o pretensión jurídica presentados por quien tiene legitimación para ello. Sólo en ese contexto, para decidir una pretensión admisible, tienen los jueces jurisdicción para hacer valer la supremacía de la Constitución aun de oficio.

Es aquí oportuno destacar que se ha declarado que los jueces no pueden ejercer jurisdicción sino cuando otras personas legitimadas le presentan

una controversia susceptible de ser zanjada mediante la aplicación de la ley y la Constitución, lo que presupone no sólo una persona legitimada que traiga ante ellos una pretensión, sino, además tratándose de la impugnación de un indulto, la existencia de una contraparte que pudiera argumentar acerca de los intereses que pretenda hacer valer quien introduce la pretensión (así, *mutatis mutandis*, voto de la jueza Argibay, en Fallos: 329:5655, causa V.297, L° XXXVII, “Ventura, Carlos Marcelo s/ desaparición”, sent. de 12/12/2006) .

Tal no es el caso de autos, en el que, por un lado el *a quo* ha desconocido legitimación a los presentantes de fs. 1/7 y de fs. 144 para promover la incidencia sobre la extinción o subsistencia de título para la ejecución de la pena de reclusión impuesta, y ese punto de la decisión ha sido consentido.

Tal como se ha detallado *supra*, tampoco se ha presentado un representante del Ministerio Público promoviendo tal pretensión. A este respecto no puede omitirse que sus representantes tienen por la Ley Orgánica del Ministerio Público expresamente asignado el cometido de “*velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República*” (art. 25, inc. h, ley 24.946), de tal suerte que, si advierten un posible conflicto entre un acto del Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, tendrían en principio legitimación para plantear un caso judicial. Sin embargo, tanto ante la Cámara Federal como en esta instancia los representantes del Ministerio Público se han abstenido de ejercer cualquier pretensión, en cualquier sentido, en torno a la constitucionalidad de los indultos concedidos por decreto n° 2741/90. En verdad, el único interés expresado no ha versado sobre una pretensión de fondo, sino simplemente, pidiendo que se decida el recurso de casación de las defensas a la brevedad, instando pronto despacho. Es decir, la única pretensión ejercida ha tenido por objeto promover la decisión del recurso de casación, pero manteniéndose prescindente sobre el contenido de la que correspondiese adoptar.

En esas condiciones, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Cámara Nacional de Casación Penal

Criminal y Correccional Federal no había sido habilitada para resolver una pretensión presentada por alguna persona legitimada. Tampoco estaba habilitada para intervenir de oficio, en una causa en la que antes había declarado extinguida la pena, y que por ende estaba fenecida.

Lo dicho en el párrafo anterior no implica abrir juicio sobre la existencia de cosa juzgada, como lo pretende la defensa, porque la cosa juzgada debe ser planteada y resuelta, cuando existe un caso, ni por ende tampoco implica sostener que la cosa juzgada constituyese un obstáculo para revisar tal decisión. Sólo significa que presupuesto de la revisión es la instancia de una persona legitimada para ello.

Resta considerar la breve afirmación del *a quo* de que según doctrina de la Corte IDH, "*las autoridades estatales deben actuar ex officio y sin dilación una vez advertido el incumplimiento de [la] obligación [de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos]*" (fs. 216, con cita de la sent. "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", de 25/11/2006, §§ 256, 344 y 347). Esa afirmación asigna a la citada sentencia de la Corte IDH un alcance que ella no tiene.

En efecto, se trataba en aquel caso de la omisión del Estado del Perú de investigar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de ese Estado ejecución de un operativo de mudanza de internos alojados en el "Penal Miguel Castro Castro", durante el cual alegadamente se había producido la muerte de numerosos internos, habían sido heridos otro número mayor de internos, y sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes otro número aún mayor, y también de la omisión de investigar otros tratos crueles inhumanos y degradantes sufrido por las víctimas en fecha posterior a la terminación del operativo de mudanza. Al respecto la Corte IDH declaró que según su reiterada jurisprudencia "el deber de investigar es una obligación de medios, no de resultados" y que esta obligación "*debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple*

*formalidad condenada de antemano a ser infructuosa , o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios” (confr. § 255 de la sentencia que nada tiene de novedoso pues se remonta a la primera sentencia de la Corte IDH en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, de fecha 29 de julio de 1998, Serie C, n° 4, § 177), y ha establecido que “ a la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva . Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales” (ibídem, § 256). Declaración que reconoce también su primer precedente en la primera sentencia de la Corte IDH (confr. “Velásquez Rodríguez”, cit., § 180).*

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte IDH se ha declarado que “*a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención [...] existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura” (ibídem, § 345).*

Finalmente, en el tercer párrafo al que remite el a quo, la Corte IDH ha dicho que “*En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en casos de vulneraciones graves a 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*

Cámara Nacional de Casación Penal

conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos; y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado" (ibídem, § 347).

Sin perjuicio de señalar que en las presentes actuaciones no se trata de defecto de investigación y persecución, pues los hechos atribuidos por la acusación a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera han sido objeto de investigación, enjuiciamiento y castigo, aunque este último sólo ejecutado de modo parcial por virtud del indulto, lo cierto es que en todo caso de esa sentencia no surge que los jueces debiesen actuar de oficio, aun sin pretensión habilitante o caso, con el fin de evitar que el alegado defecto de castigo –por insuficiencia– desate la responsabilidad internacional de Estado argentino.

La transcripciones precedentes ponen en evidencia que la Corte IDH no ha establecido cuáles son los órganos del Estado que deben satisfacer la obligación internacional de investigar, perseguir y castigar las graves violaciones a los derechos humanos de la naturaleza de las que han sido objeto de la sentencia del "Penal Miguel Castro Castro", porque en verdad, no incumbe a ese Tribunal internacional establecer las competencias ni las estructuras internas bajo las cuales esa obligación puede ser satisfecha. En todo caso, distintos son los órganos internos del Estado que podrían eventualmente desatar su responsabilidad internacional, porque para el derecho internacional no es relevante cuál órgano o agente ha llevado a cabo la acción u omisión que hacen nacer la responsabilidad internacional.

Lo que sí es claro es que, ni de esos pasajes, ni de la jurisprudencia de la Corte IDH, se infiere que los Estados deban organizar sus estructuras internas arrasando con la división de poderes inherente a las repúblicas democráticas modernas (confr. Primera invocación del preámbulo de la Convención, y *mutatis mutandis*, voto concurrente del juez de Roux Rengifo en la sentencia del caso "Castillo Petruzzi y otros c. Perú", 30 de mayo de

1999, Serie C, n° 52), y cargando sobre la cabeza de los jueces la obligación de actuar de oficio en la investigación, persecución y castigo de las violaciones a los derechos humanos. Al contrario, el art. 8 CADH lleva a la inferencia contraria en la medida en que impone garantizar a toda persona ser oída por un juez o tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley. Si la ley doméstica no concede a los jueces poderes de actuación de oficio, y reserva la promoción de los casos y el ejercicio de la pretensiones a los particulares o a otros órganos del Estado dotados de suficientes poderes requirentes, entonces la responsabilidad internacional del Estado -aunque exista- no podría apoyarse en alegadas omisiones del Poder Judicial de actuar de oficio, sino, eventualmente, en la inactividad, inercia, malicie o defectuosa actuación de los órganos estatales que tienen competencia constitucional y atribuciones legales para requerir y habilitar la actuación del Poder Judicial.

En efecto, establece el art. 490 C.P.P.N. que *“las resoluciones judiciales serán ejecutadas por el tribunal que las dictó o por el juez de ejecución, según el caso, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución”* y el art. 491 declara que *“los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor”*, de suerte tal que la jurisdicción de la Cámara para resolver sobre la compatibilidad del indulto presidencial con alguna cláusula de la Constitución, una vez que éste había sido ya aceptado y sus efectos reconocidos judicialmente, no era susceptible de ser examinada de oficio por la Cámara que pronunció la condena, sin perjuicio de las facultades que la ley concede al Ministerio Público para el planteo de una cuestión de esa naturaleza, facultades que en el caso hasta ahora no ha ejercido.

Lo desarrollado hasta aquí, hace innecesario considerar los otros agravios introducidos por la defensa de Jorge Rafael Videla, y por extensión, también los agravios de la defensa de Emilio Eduardo Massera, porque la inexistencia de una pretensión de parte legitimada constituye una falta del presupuesto procesal que habilita el ejercicio de la jurisdicción, que alcanza a la

Cámara Nacional de Casación Penal

situación de ambos recurrentes (art. 441 C.P.P.N.).

En esto, por lo demás, se diferencia la materia de este recurso de la que fue objeto de decisión en el caso de Fallos: 330:3248 ("Mazzeo, Julio Lilo y otros"), pues en este caso, a diferencia de las presentes actuaciones, la inconstitucionalidad del decreto de indulto n° 1002/99 emitido en favor de varias personas imputadas, antes de la sentencia final del caso, cuando aún no habían sido condenadas, había sido promovida por distintas personas cuya legitimación para actuar como querellantes había sido reconocida y no estaba discutida y, por lo tanto, también se había reconocido su legitimación para promover ante los jueces la cuestión constitucional. Por ello, en todo caso, cualquiera fuese el valor o pertinencia de la doctrina que la Corte Suprema hubiese sentado en ese caso, no puede ser considerada aquí por falta de "caso" o pretensión de parte legitimada que habilite la jurisdicción de los jueces del Poder Judicial de la Nación.

-VII-

Por todo lo expuesto, entiendo que debe anularse parcialmente la decisión recurrida (puntos dispositivos I y II), y puesto que no hay jurisdicción abierta, no corresponde en este caso ordenar el reenvío para que se dicte nuevo pronunciamiento, sino estar a la situación anterior a la presentación de fs. 1/7.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Eduardo R. Riggi** dijo:

1.- Llamados a resolver la suerte de los recursos de casación deducidos en la presente causa por el voto discordante de los colegas que nos preceden en el orden de votación, hemos de adelantar que adherimos a los fundamentos y conclusiones a los que arriba el doctor Guillermo J. Yacobucci en su ponencia.

En ese orden -y en lo atinente a la legislación aplicable para establecer la competencia del tribunal que ha de intervenir en estos obrados-, cabe señalar que la pretensión que al respecto introduce la defensa de Jorge Rafael Videla resulta inatendible, ello teniendo en cuenta -muy particularmente- lo dispuesto por el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto dispone 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”*, resultando de aplicación también lo resuelto por el Alto Tribunal en las causas competencia N° 786 XXXVI. “Nicolaidis, Cristino y otro” (rta. el 02/08/00, Fallos 323:2035 voto del Dr. Boggiano), V. 34. XXXVI. “Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción” (rta. el 21/08/03, Fallos 326:2805 votos del Dr. Boggiano y del Dr. Maqueda); y M. 2333. XLII; REX “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-” (rta. el 13/07/07, Fallos 330:3248). Siendo ello así, debe descartarse la posible aplicación al caso de las disposiciones de la ley 23.049, razón por la cual se impone la conclusión que la única normativa procesal que puede regir el caso es la sancionada por la ley 23.984, esto es, el Código Procesal Penal de la Nación.

En lo atinente a la cuestión vinculada con la alegada incapacidad de Emilio Massera para ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio en virtud de la incapacidad sobreviniente que lo afecta -planteo rechazado por los preopinantes-, habremos tan sólo de apuntar que compartimos los argumentos en los que sustentan sus respectivos votos. Lo propio cabe señalar, en lo vinculado a las potestades inherentes al Poder Judicial de la Nación, de revisar la adecuación constitucional de los actos emanados de otros poderes del estado, entre ellos, los indultos que pudiera disponer el Poder Ejecutivo Nacional.

2.- En otro orden, conceptuamos que corresponde tener presente,

Cámara Nacional de Casación Penal

en cuanto a la necesidad de que los tribunales de todo el país acaten la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes análogos a los casos que deben resolver, que si bien lo decidido por ésta sólo genera la carga legal de su acatamiento en el mismo caso donde se pronunció, desde antaño se ha considerado apropiado y razonable ampliar esta obligación a los supuestos donde se ventilen situaciones equivalentes a aquellas sobre las cuales el Alto Tribunal se ha expresado. Ello así, toda vez que siendo este órgano la cabeza de uno de los poderes del Estado, está investida por la Constitución Nacional como el máximo tribunal de justicia de la República para interpretar sus normas y las leyes que se dicten en su consecuencia; por lo que sus decisiones y el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan. "La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones ... Esta es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley, y la que está en la naturaleza de las cosas" (Fallos: 12:134 del 8/8/1872).

El señalado deber de acatamiento de los fallos de la Corte (que para los casos análogos no se encuentra dispuesto por ninguna ley), radica en la presunción de verdad y justicia que revisten sus pronunciamientos. Esta doctrina fue consagrada en una sentencia de un juez federal que el Alto Tribunal aprobó por sus fundamentos (y que posteriormente hizo suyos), en los siguientes términos: "Las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y

si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel Alto Tribunal, él se funda principalmente, en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conforme a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos” (causa “Bernardo Pastorino, capitán de la barca ‘Nuovo Principio’ c. Ronillon, Marini y Ca. s/pago de sobreestadías”, sentencia del 23 de junio de 1883; Fallos: 16:364).

A mediados de siglo, reafirmando y ampliando la concepción del deber moral de acatamiento con las nociones de “autoridad” e “institución”, la propia Corte estableció definitivamente la doctrina del “leal acatamiento” que ha aplicado ininterrumpidamente, diciendo: “Que tan incuestionable como la libertad del juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (art. 100, Constitución Nacional, art. 14, ley 48). Que ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia -susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales- el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida. Que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos ... importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad” (Fallos: 212:51 del 6/10/1948).

3.- Sentado lo precedente, advertimos que en el fallo que se impugna, se ajusta a la doctrina jurisprudencial que fluye de los precedentes

Cámara Nacional de Casación Penal

sentados en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Simón" (S. 1767.XXXVIII. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación de la libertad, etc. -causa n °17,768-) y -muy en particular- "Mazzeo" (M.2333.XLII "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", del 13/7/07).

En el primero de los precedentes citados, se señaló " 31) *Que al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes)*" (considerando 31); "*Que de acuerdo con lo expuesto y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional*" (considerando 32); "*Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino*" (considerando 33); y "*Que comprendido entonces que para la época en que fueron ejecutados los hechos investigados eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, como fuera expresado en el precedente publicado en Fallos: 318: 2148.*" (considerando 34).

Por último, cabe también memorar que en el referido fallo se afirmó que "*este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar '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...las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú... (conf. CIDH, caso 'Barrios Altos', sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N 75)." (conf. considerando 35).

Por su parte, y en cuanto es aquí atinente, en el precedente "Mazzeo", antes citado, se sostuvo que "al momento de la promulgación del decreto 1002/89 existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (conf. considerando 32); y que "De este modo, la decisión de cerrar los procesos criminales cercenó las obligaciones internacionales destinadas a comprobar los delitos denunciados, de identificar a sus autores, cómplices y encubridores, y de imposición de las sanciones correspondientes, así como el derecho de las víctimas a un recurso eficaz para lograr tal cometido" (considerando 33).

También se dijo en ese caso, que "... 'a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos'

Cámara Nacional de Casación Penal

CIDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como [las aquí investigadas]' (considerando 12 del voto del juez Petracchi en 'Videla'; considerando 16 del voto del juez Maqueda en 'Videla').

Recientemente, todos estos principios han sido ratificados por el mencionado tribunal interamericano al señalar que: 'En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del ne bis in idem'.

Finalmente resolvió que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (caso 'Almonacid', CIDH - Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154)." (conf.

considerando 36), del voto de la mayoría).

Concluyó entonces el Alto Tribunal en dicha oportunidad, que *“los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in idem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad...”* (considerando 37).

Por aplicación de la referida doctrina y que lealmente acatamos -sin perjuicio de dejar a salvo nuestra opinión discordante, coincidente con la sostenida por los señores Ministros doctores Carlos Santiago Fayt y Carmen M. Argibay en el antes citado precedente “Mazzeo” y cuyos términos tenemos aquí por reproducidos, por razones de brevedad-, es que corresponde rechazar las críticas que sobre el particular se dirigen contra el pronunciamiento bajo análisis.

4.- Por último, corresponde señalar que tampoco cabe hacer lugar a las críticas que se vinculan con la ausencia de un impulso eficaz que validara la intervención del Poder Judicial de la Nación en la presente causa, para analizar -y descartar- la adecuación constitucional de los indultos dictados en favor de Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera. Sobre la cuestión, debe tenerse presente cuanto lleva dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que *“la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo*

Cámara Nacional de Casación Penal

2° ley 23.054)" (conf. G:342.XXVI, "Girolodi, Horacio D. Y otros s/ recurso de casación", sentencia del 7/4/95, -considerando 11-).

En análogo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."* (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/06).

La doctrina expuesta -vinculada a la necesaria atención que ameritan los precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- cobra vocación aplicativa en el presente caso y en directa vinculación a la cuestión antes señalada, desde que ha sido precisamente dicho Tribunal internacional el que ha afirmado que en virtud del deber que pesa sobre los estados de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas dentro de su territorio, éste tiene la obligación de asumir esa tarea como un *"deber jurídico propio"*, y no como una *"mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares."*; y que consecuentemente a lo expuesto *"una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y*

sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales.” (conf. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, § 255 y 256, el destacado nos pertenece).

Se concluyó en el referido precedente, que *“el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole . Como ya ha señalado este Tribunal, en casos de vulneraciones graves a 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. La obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos; y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado.”* (§ 347).

En el *sub judice*, y sin perjuicio de la posición que sobre el particular pudiéramos sostener -concordante, como ya se dijo, con la que exhiben los votos de los señores Ministros doctores Carlos Santiago Fayt y Carmen M. Argibay en el precedente “Mazzeo”-, lo cierto es que la resolución en crisis no puede sino ser entendida como la aplicación al caso concreto del deber inherente a todas las autoridades nacionales de remover, incluso actuando de oficio, los obstáculos que pudieran subsistir en orden a los ya mencionados compromisos internacionales del Estado Argentino.

En síntesis, en mérito de todo lo expuesto y por los restantes argumentos concordantes que desarrolla el doctor Guillermo J. Yacobucci en su ponencia, adherimos a todo cuanto propone y expedimos nuestro voto en idéntico sentido.

Cámara Nacional de Casación Penal

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, **RESUELVE:** Rechazar los recursos de casación deducidos por las defensas de Jorge Rafael Videla -fs. 234/269- y de Emilio Eduardo Massera -fs. 270/289- y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 215/230 vta., con costas (arts. 470 y 471, ambos a *contrario sensu*, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmada: Dres. Guillermo J. Yacobucci- Luis M. García- Eduardo R. Riggi-
ante mí- Sol Deboli -Prosecretaria de Cámara-