

34

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///hía Blanca, ^{7º} de Diciembre de 1989.-

VISTO:este incidente caratulado:"Dr.Juan Carlos Wlasic (apoderado de Pedro Alberto MARTINELLI) en autos 'AQUINO Mercedes s/denuncia (Caso Martinelli-Oliva)' s/PLANTEA INCONSTITUCIONALIDAD DECRETO 1002/89",registrado bajo el n° 386/89 agregado por cuerda a los fines de la vista a la causa 11/88 (b) caratulada:"CAUSA ART.10,Ley 23049,por hechos acaecidos en Pcias.de / Bs.Aires,Río Negro y Neuquén bajo control operacional que habría correspondido al Vto.Cuerpo de Ejército (Armada Argentina)", y a los casos ventilados en las causas 31-7-87, tal como se ordenara por la Presidencia a fs.5 del presente, se encuentra sometida a consideración y acuerdo de este Cuerpo el planteo de declaración de inconstitucionalidad del Decreto / 1002/89 del P.E.N.,que introdujera la querellante, sobre la que dictaminara el Sr.Fiscal de Cámara y contestaran quienes fueran citados a prestar declaración indagatoria.

El señor Juez de Cámara,Dr.Ricardo Emilio Planes, dijo:

I.- Dice el querellante que el texto expreso de la Constitución Nacional hace referencia a que el Presidente de la Nación puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, de lo que se sigue que (Doctrina y Jurisprudencia) lo que se indulta o conmuta no es la pena amenazada por el tipo penal sino la decretada efectivamente por los Jueces. Que el texto constitucional no hace distinción alguna entre las penas a indultar o conmutar y que surge indiscutible -dice- que la conmutación no puede

///

USO OFICIAL

///

aplicarse sobre penas hipotéticas, sino sobre las fijadas / judicialmente, ya que de lo contrario mal podría conmutarse o desgravarse cuando no ha habido parámetro real fijado.

Dice que ello condice con una interpretación histórica, jurisprudencial integrativa del plexo normativo constitucional con los principios y garantías establecidos en la misma. Que el indulto a procesados colisiona con el principio de presunción de inocencia, vulnera lo preceptuado por el art. 95 de la C.N., atenta contra el principio de la división e independencia de los poderes, carácter fundamental de nuestra forma de gobierno republicana. Afirmar además, que debe agregarse la clara distinción existente entre el indulto y la amnistía, y que el decreto en la práctica / en este caso es una amnistía encubierta por su generalidad.

Analiza el caso 'Ibáñez' y pide se decrete la inconstitucionalidad por violentarse las disposiciones de los arts. 86 inc. 5°, 67 inc. 17, 95, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

b)- Llamado a expedirse el Sr. representante del Ministerio Público y luego de reseñar los 'hechos' de la causa y de señalar el carácter de 'parte' que representa, dictamina que corresponde continuar con la tramitación de la causa, pues el decreto presidencial que indulta a los procesados de autos es inconstitucional.

Dice, que ese pedido se sustenta en la falta de capacidad constitucional por parte del Presidente / de la Nación para indultar a un procesado con juicio en trá-

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

mite, pues sólo procede tal medida cuando se ha dictado sentencia definitiva y ésta se encuentra firme.

Sostiene en cuatro puntos su tesis, analizando sucesivamente temas tales como 'Informe previo del Tribunal' en (señalando que el caso no ha habido), 'Antecedentes sobre indulto a procesados' (con cuatro sub-puntos), 'Caso Solís' (análisis de un fallo de la CSJN último) y 'Doctrina' (en abundosa cita que avala la tesis esgrimida).

Bajo el punto '5-Síntesis' concluye su enjundioso trabajo que remata en el punto 'VII-JUSTICIA' en donde cita otros anteriores dictámenes de esa Fiscalía de Cámara.

c)-Corrido el traslado a los imputados y a / sus defensores, se contesta sosteniendo que el decreto atacado ha sido dictado en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art.86 inc.6° de la C.N., reseña las presentaciones anteriores y sus contenidos; y dice, (punto 4); que está de // por medio una vieja discusión sobre la facultad de indultar por parte del Sr.Presidente de la Nación.

Afirma -en contrapuesta tesis- que el art.95 de la C.N.imposibilitaría el 'indulto siempre' ya que esta // norma veda restablecer las causas fenecidas, que es lo que hace quien quita el castigo impuesto en definitiva por una sentencia judicial.

Afirma que la discusión se zanja fácilmente recordando que cualquier ordenamiento legal constituye un sis

///

///

tema armónico incapaz de contradecirse a sí mismo, que dos / normas de un mismo texto deben funcionar juntas, complementándose, sin anularse; y que la prohibición del art.95 lo es sin perjuicio de la facultad del art.86 inc.6º de la CN.-

Dice que una noción esencial, es la referencia a que las penas del inc.6º está necesariamente atada a la facultad de 'conmutar' y no tiene relación alguna con la / facultad de 'indultar'; del mismo modo que la prohibición del art.95 jamás puede leerse como que el indulto o la conmutación, son maneras de arrogarse el conocimiento de causas judiciales o de restablecer las fenecidas. Que tampoco puede confundirse con las facultades del Congreso para legislar amnistías generales.

Dice también que la controversia está ahí, / tiene muchos años y obtuvo cultores en ambas posiciones, 'que generalmente siguen una u otra según imperativos de fidelidad antes que por criterios más técnicos y equilibrados de los que son para lograr aplicación del derecho mediante la recta solución jurisprudencial' (Textual fs.28 vta.). Afirman que no es / su intención sumarse a un sector de dicha controversia, desconociendo legitimación a los incidentistas para plantearla. Que son los beneficiarios de la medida, quienes sólo pueden introducir el planteo. Que si la causa llegase a un 'impensable veredicto de condena' operaría el Decreto, el cual no quiere operar ese Veredicto. Que el indulto tiene el contrasentido de

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

perdonar al inocente y no al culpable, y que no lo objetan por que lo encuentran 'sano, valiente y bien intencionado', concluyendo 'Mas bien prefieren el decreto objetado, entendido más / decente, sabio y justo que todo lo demás' (fs.30 vta.) pidiendo el rechazo de las pretensiones de los incidentistas.

II.- No concibo un Poder Judicial sino como estudioso de la juridicidad de conductas o normas, de modo // pues que debe soslayarse todo otro tema que no sea el correspondiente a la función. Digo con esto, que los conceptos vertidos sobre interpretación de las normas, dados por la defensa, atribuidos más a 'imperativos de fidelidad antes que por criterios más técnicos y equilibrados', hacen que el intérprete se sienta más sospechado de parcialidad, que de imparcialidad.

Ello -por delicado- merece a mi juicio una / explicación previa: Linares Quintana, citando a James Bryce // (La República Norteamericana, 2-227), dice que la interpretación de la Constitución ha adquirido en ciertas épocas una importancia tal, que ha servido de base a la formación de los partidos políticos. Más aún, la existencia de partidos divididos sobre las cuestiones de esa naturaleza ha estimulado, eso sí, el sistema con el cual han sido estudiados y discutidos los puntos / de interpretación legal. Que en 1789, poco tiempo después de la formación del Gobierno Nacional de los Estados Unidos, se constituyeron dos partidos: el uno en favor del engrandecimien

///

///

to de la autoridad central y el otro para defender el derecho de los Estados, el primero propuso una interpretación expansiva de la Constitución Nacional, el otro limitativa como garantías de los derechos de los Estados y de los ciudadanos.

Siguiendo siempre a Linares Quintana, se puede decir que se ha afirmado con acierto, que la interpretación de las disposiciones constitucionales constituye uno de los más importantes problemas en el campo del Derecho Constitucional ('Reglas para la interpretación constitucional', 16, ed. 'Plus Ultra' 1988).

Ya Carlos Maximiliano, ('Hermenéutica e / applicacao do direito', 7), decía que los errores de interpretación constitucional perturbaban la vida del país, suscitaban desacuerdos entre los poderes públicos y comprometían el prestigio de las instituciones. Para aventar estos peligros: es menester recurrir a la regla de adecuada y eficaz interpretación y su ordenadora: La Hermenéutica Jurídica.

Es la Hermenéutica Jurídica la que tiene / por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos, pretendiendo aventar con esto, aquello de / que interpretar es un arte, que no implica mucha inteligencia sino habilidad (v. Linares Quintana, op.cit., 1988).

El tema jurídico sometido a debate es, obviamente, muy profundo y no puede solucionarse con un remedio de interpretación. Por otro lado, también resulta dificultoso allegar todos los sólidos aportes doctrinarios y jurisprudenciales //

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 -Sec.nro.2

///

producidos en más de un siglo. El método de trabajo es ir a lo clásico, repararse en instituciones o interpretaciones // que por solvencia o antigüedad no sean sospechadas de parcialidad. Pero como en el derrotero sobre la interpretación del art.86-inc.6º mucho se ha dicho (y con vaivenes), considero // que lo que primero que aparece como insospechado es la fuente misma, la Constitución de 1853 y sus fuentes, su discusión, sus autores. Despejada esta incógnita, recién entonces débese pasar a aquel debate mencionado. Este es el camino a seguir.

III.- Sucede que interpretar es conocer, por comprensión, cual es el sentido que un signo expresa (Aftalión-LL-57-918) -(v. Julio Dassen en 'Reflexiones en torno a la interpretación jurídica'-JA:1950-II-27).

Y como norte la siguiente clásica e inobjeta da máxima:

Ya en 1887, nuestra Corte Suprema en el caso 'Eduardo Sojo' fijó el principio básico de la hermenéutica // constitucional (F:32-128): 'El palladium de la libertad no es una ley suspensible en sus efectos, revocables según las conveniencias públicas del momento; el palladium de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de / los fallos de la Justicia Federal'.

Enseña, por si lo reseñado fuera poco:

///

OFICIAL
USO

///

a las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero a los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíba expresamente, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados. -Es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos a sus atribuciones y facultades demarcadas como derivadas de la soberanía del pueblo, por expreso consenso' (el subrayado permite resaltar lo superlativo de la máxima) (F:32-135).

Dice Linares Quintana, que la fundamental regla Alberdiana quedó así (fiel y) solemnemente consagrada, como verdadero axioma de la interpretación de la Constitución Nacional.

Dijo Alberdi: Cuando la Constitución es / oscura e indecisa, se debe pedir el comentario a la Libertad y al Progreso, las dos deidades en que ha de tener inspiración. Es imposible errar cuando se va por un camino tan lleno de luz ('Bases...', cit. por Linares Quintana, op. cit. nota 126).

IV. -A poco que releamos el Decreto del P. E.N. 1002/89, atacado, aparece en escena el precedente 'Ibáñez' de la C.S.J.N., como su aval; mas mayoría y minoría, que luego se troca en mayoría en el caso 'Yrigoyen', nos habla a las claras que el meollo de la cuestión está en la fuente del artículo

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

que concede una tal atribución al Poder Ejecutivo Nacional.

Como método de estudio e hipótesis de trabajo, subsidiario resulta lo que leyes posteriores a la Constitución Nacional (Código Penal y Código de Procedimientos, así como Código de Justicia Militar) prescriban, pues si una tal atribución existe, no hay ley que pueda circunscribirla, por tratarse aquella (art.86 C.N.) de una norma de jerarquía suprallegal (art.31 C.N.). De modo pues, que internados en estos precedentes no queda otro camino primario y directo, que no sea el historicista, puesto que aún cuando se sepa -como es sabido- que la voluntad del autor de la norma, no es necesariamente la del legislador, en la especie y el modo restrictivo de interpretar las atribuciones conferidas (caso / 'Sojo', de 1887), hace que este método historicista resplandezca, por cuando debe verificar si se concedió o no atribuciones, no se indaga en el análisis restrictivo o extensivo de un derecho (Art.33 C.N.). No hay en principio composición, -insisto- hubo o no hubo una tal atribución al Poder Ejecutivo; o como la tiene prevista la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, como la pensó el constituyente de 1826, como la pergeñara Alberdi en su anteproyecto, como la estudiara el Constituyente Gorostiaga (miembro de la Comisión de Negocios Constitucionales en la Conv.Cte.de 1853) o como finalmente la tratara la Convención Constituyente en pleno.

OFICIAL

USO

Si fue imbuído el P.E.N.: lo sigue siendo, de lo contrario no lo será hasta tanto sea modificada esa cláusula (Art. 30 C.N.).

Es muy difícil la tarea -es cierto- pero es el único primer camino seguro para llegar a buen puerto.

V.- El ojo de la tormenta está en la frase: 'Indultar o conmutar penas' del art. 86 inc. 6° tantas veces señalado. Puede interpretarse que la 'o' es disyuntiva o conjuntiva. Si fuere lo primero: sería indultar "delitos" y conmutar penas; si lo segundo: indultar o conmutar sólo penas.

Ya se observa que un análisis exégetico o gramatical no sirve, no basta, es insuficiente; y proporcionalmente se robustece el indagar la fuente.

Esas fuentes potenciales son:

a)- El Anteproyecto Alberdiano: (art. 85 inc. 7°) que disponía del modo más lato: 'concede indultos particulares, en la misma forma' (con acuerdo del Senado, inc. 6°).

Esto no es el texto acuñado en definitiva. / A más, el Dr. Gorostiaga, en su 'Esbozo' como miembro de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Conv. Cte. de 1853, lo tomó textualmente de Alberdi (incs. 6° y 7° para luego testarlos con elocuencia gráfica: debíase limitar tal facultad. (vide: fascímul 'Proyecto' manuscrito Dr. Gorostiaga, en 'Revista' de la Biblioteca Nacional, tomo VI, pág. 117 y aclaración en imprenta en pág. 120), original archivado Bibl. Nac. -1936, hay sello.

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.hro.2

b)- La Comisión de Asuntos Constitucionales (luego de ampliar sus miembros de 5 a 7) (v.Sesión del 23-2-1853, Ravignani, E, 'Asambleas Constituyentes Argentinas-IV-463) propuso el siguiente inciso: 'Puede indultar o conmutar las penas por delitos cometidos contra la Confederación, previo informe del Tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Ca de Ds.' (textual, Rev.Bibl.Nac!-120) (era / su miembro informante el Dr. José B. Gorostiaga). Parecido en apariencia resulta este proyecto, al cuño de la Constitución Americana, que dice: (Art.II, sección 2, infine: s/ la Constitución de los Estados Unidos de América, Anotada con la Jurisprudencia, Tomo I, pág.422, ed. Kraft.1949) 'El Presidente...y tendrá poder para conceder las suspensiones de pena e indultos por delitos cometidos contra los Estados Unidos, salvo en caso de juicio político' (v. Edward S. Corwin- 'El Poder Ejecutivo -Atribuciones y Funciones del Presidente de los EE.UU.', Indulto, Amnistías y suspensiones temporarias de Sentencias, p.170, ed. Bibl. Arg.-1959). Tal vez una digresión que en realidad no lo / sea: recordemos que nuestra Corte Suprema ha dicho: 'Cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado / propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido' (F: 95-334, también: sentido de las palabras de la Constitución en 'La Constitución interpretada de S.V. Linares Quintana). Sucede también que esta Comisión de Asuntos /

///

///

///

Constitucionales, si bien estaba integrada por el insigne Gorostiaga, quien era su miembro informante y hacedor del Anteproyecto, o también, llamado Esbozo (V. Cap. El Redactor de la Constitución, en 'La influencia de José Gorostiaga en la Const. Arg. y en su Jurisprudencia, de Jorge R. Vannossi, ed. Pannedille), no es menos cierto que en esa Comisión no había unanimidad, tal como lo demuestra documentalmente las palabras del Constituyente Ferré -integrante de la misma- al advertir en la sesión del 20 de abril de 1853 (Ravignani op. cit. IV-463) y luego del uso de la palabra del miembro informante Gorostiaga, que él (Ferré) no por miembro estaba de acuerdo con todos sus artículos (del Anteproyecto de la Comisión), lo que se creía en el deber de prevenir (v. 'La Const. de 1853 y sus autores e inspiradores'- Salvador Dana Montañó-24; U. N. Litoral- Sta. Fé-ed. 1943). Una de estas discrepancias, sin lugar a dudas es el artículo que venimos analizando, como que redactado de Alberdi por Gorostiaga lo tachó y reemplazó por el de esta Comisión, que a su vez será modificado, ello lo adelanto, (aun que es bien conocido el punto). Podrá decirse, mas no se sostiene, que la fuente de esta Cláusula Constitucional de Atribución de facultad al Poder Ejecutivo es la norma estadounidense. Si bien es harto conocida la influencia en general, (Gorostiaga, y hasta el anteproyecto definitivo de Constitución estaría archivado -original- en Washington, vide: Vannossi, op. cit. 28), no lo es en particular, como que a poco de comparar los textos, el nuestro difiere -cuando

///

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

menos- por un aditamento, a más de detentar otra construcción sintáctica.

Para corroborar el aserto, el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales, fechado en Santa Fé el 18 de abril de 1853, suscripto por todos sus integrantes, eleva el proyecto de Constitución, diciendo: "El Presidente de la Confederación es electo por el pueblo... El Presidente es responsable de sus actos, nombra los empleados principales de la administración federal, con intervención del Senado: tiene para su despacho también Ministros responsables, y en caso alguno no puede asumir otras facultades que las que espresamente señala el proyecto".

Como se verá, lo dicho es en clara y progresiva referencia al inciso 7º, posteriormente más limitado aún en el Congreso Const.

Y es que, en realidad, el único influjo de la Constitución Americana en el punto ha sido la adecuación de 'delitos cometidos contra los Estados Unidos' con la nuestra: 'delitos cometidos contra la Confederación', (que luego sería suprimida), pues el molde ideográfico es el del art.99 de la Constitución de 1826, que condice con nuestros precedentes // históricos. Estas ideas de limitación del Poder Ejecutivo por parte del Congreso Constituyente (y de la Comisión de Asuntos Constitucionales del mismo), se ven plasmados en los arts. 29 y 95, que no heredan precedente americano y sí los propios, co

///

///

mo muy bien lo refleja José M. Zuviría.

Dice González Calderón con su autoridad (D. Constitucional-3-360, ed. 1926) que 'Ante todo, cabe hacer notar que la redacción dada por los constituyentes a la cláusula que enuncia esta facultad del ejecutivo difiere sustancialmente de la que tiene el inciso correspondiente en la Ley Suprema de los Estados Unidos', lo que refuerza más aún la conclusión arribada. Pero dice más: 'es evidente que los autores del texto argentino no copiaron el modelo americano; en este punto, sino que al contrario idearon una fórmula propia, debe ser evidente también que su propósito auténtico fue otro que el tenido en mira por los / convencionales de Filadelfia'.

Es la cláusula en cuestión afluyente de la Constitución de 1826 que en su art. 99 determinaba: 'Puede indultar de la pena capital a un criminal, previo informe del Tribunal, o Juez de la causa, cuando medién graves y poderosos motivos, salvo los delitos que la ley exceptúa' (v. art. 189 -idem-const. 1819).

No es esto un análisis historicista vano. Muy por el contrario se trata del medollo de la cuestión de autos, del punto cardinal que desnivela la disputa -a mi juicio-. Pero hay más en aval.

Uno de los testigos más calificados, asistente a todas las sesiones del Congreso General Constituyente de 1826, por ser su Secretario, fue José M. Zuviría; dijo: 'Verdad es que los del 53 tuvieron por modelo la Gran Carta fundamental de //

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

los Estados Unidos del Norte, pero no es menos cierto que la que impropia^{mente} se denominó copia, resultó ser mucho más / perfecta que el modelo, como puede juzgarlo cualquiera que las ponga delante de sí y las estudie...El trabajo de adaptación de los principios federales de la Constitución del Norte a nuestros pueblos del Sud, verdaderos antípodas de aquellos en carácter, historia y costumbres, fue una obra de imponderable dificultad por lo que respecta a la teoría de aquellos / principios' ('Los Constituyentes de 1853'-85, ed.1889, cit. Seco Villalba, 'Fuentes de la Const.Argentina-129, ed. Depalma, 1943). Dice Seco Villalba (op.cit.120) que de los papeles pertenecientes al Dr. José B. Gorostiaga se infiere // que para realizar su trabajo ha tenido presente la Constitución de 1826 y los debates del Congreso respectivo, el Federalista, Argirópolis de Sarmiento, el proyecto de Alberdi. Esto viene a confrontar la fuente escogitada, que no lo es en la especie, la de la Constitución Americana.

Por si todo esto fuera poco, la sesión del 29 de abril de 1853 (Ravignani, op.cit., pág.534) nos ilustra sobremanera sobre la discusión en particular de este inciso analizado.

Aquella versión Alberdiana, tomada por Gorostiaga, y corregida en el seno de la Comisión, resulta a su vez modificada, (adoptando la sintaxis vigente desde ese entonces y hasta el presente), se le quita la facultad del Pre

///

///

sidente de la Nación de indultar 'por delitos cometidos contra la Confederación' (tal vez la única similitud con la norma americana) y se la reemplaza por la de 'sujetos a la jurisdicción federal'. -

Pero esta modificación no sólo no es gratuita, sino que además está provista de la explicación del // miembro informante de la Comisión de Asuntos Constitucionales Dr. Gorostiaga, el acta de sesión expresa que: 'Leída la 6º, observó el Sr. Gorostiaga que la mente de la comisión había sido conceder al Ejecutivo la facultad de conmutar las penas por / delitos sujetos a la jurisdicción federal; que en esta virtud proponía sustituir en vez de las palabras "cometidas contra la Confederación" las de "sujetos a la Jurisdicción federal"; puesta a votación en esta forma resultó unánimemente aprobada' (textual p.534-Ravignani, op.cit.).

Y dije que no era gratuito, también por / recordar que los Constituyentes fueron especialmente rigurosos y celosos de las atribuciones y proyecciones del Poder Ejecutivo, prueba de ello es -insisto- el original art.29 de nuestra Carta Magna, sin precedentes (v.Salvador H.Lozada-'La Constitución Nacional Anotada'-76). También el art.95, no contenido en / la Constitución estadounidense, sobre el que en otro análisis volveremos.

Corroborara aquellas palabras de Gorostiaga, el fallo dictado por la Corte Suprema al poco tiempo de instalarse

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386- Sec.nro.2

///

da '1863), dictado el 6 de octubre de 1868 (F:6-240), Tribunal que integrara con esa misma composición el Dr. Gorostiaga hasta 1868 (renunció para ser Ministro de Hacienda de Sarmiento y lo volvió a integrar en 1871, discúlpeleme la digresión).

Concluyo pues, analizando los antecedentes, que nuestra Carta Magna no atribuye al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de indultar delitos ('Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una constitución'-Alberdi, Bases...Cap.XXV).

Va de suyo entonces, que en mi modo de ver el Decreto 1002/89, no tiene efecto alguno para con esta causa judicial, por inconstitucional.

VI.- Dice la defensa, que interpretado limitadamente el art.86 inc.6º y llevado a la calidad de principio lo contenido en el 95 resulta/^{auto/}contradictorio, puesto que siempre indultar penas sería restablecer el conocimiento de una / causa fenecida.

Ello no es así, como bien lo enseña calificada doctrina, el indulto no reabre la causa, sino por el contrario hace fenecer el cumplimiento de una pena de modo parcial o total, pena que debe ser cumplida bajo su esfera de influencia (del Poder Ejecutivo) y que en modo alguno importa el arrojarse el 'conocimiento' de una causa.

Como dice Bielsa (Derecho Constitucional-650) la atribución que ejerce el Poder Ejecutivo al indultar o con

///

///

mutar penas no es de índole judicial: al contrario. Algunos // Tribunales han declarado que es facultad judicial. El error es manifiesto -dice- y peligroso sostenerlo. Ante todo tal interpretación está en pugna no sólo con un precepto expreso de la Constitución Nacional (art.95) sino que es contrario al principio de separación de los poderes que es principio dominante en la Constitución.

Cuando el P.E. conmuta o indulta penas no juzga nada -dice- juzgar es declarar derecho con fuerza de verdad legal 'secundum allegata et probata'. - Nada de eso hace el Poder Ejecutivo, sino que se limita a no ejecutar la pena, por / considerar que la ley es drástica o anacrónica.

'Juzga a la ley y no según la ley:', sentencia este ilustre Jurista.

Y dice algo más que merece ser transcrita por su elocuencia: 'El P.E. al indultar o conmutar tampoco perdona, pues sólo perdona el ofendido o agraviado o damnificado, y él no está en ninguna de esas situaciones. Cuando más la ofendida será la "Vindicta Pública", luego del querellante, y a ella / no la representa el Poder Ejecutivo, pues del hecho de que el Ministerio Público dependa de él, lo que por lo demás es una anomalía, no se sigue que pueda satisfacer a la "Vindicta Pública", porque el Ministerio Público tiene la impulsión de la acción pública y no la disposición; luego tampoco puede perdonar' (textual p. Const.-652-ed. Depalma, 1959).

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 -Sec.nro.2

VII.- Dice también la defensa, que lo que se indulta es el delito, mientras que lo que se conmuta es la / pena. Sin perjuicio de remitirme a lo 'supra' indicado, cabría señalar que si 'conmutar' es ('commutatio') cambio, suponer lo supuesto es tanto como afirmar que el P.E.N. tiene atribuciones para modificar una pena, mas no suprimirla, lo que abiertamente se contrapondría con la facultad alegada de 'indultar delitos' (v.conmutación de pena'-Enc.Jur.Omeba-III-905 y ss).-

Concluido pues que no existe una tal atribución constitucional impuesta al Poder Ejecutivo (art.86 inc. 6º) como para 'indultar' sin pena soslayo 'ex professo' los restantes análisis incidentales, porque huelga -a mi juicio- señalar a más las razones de congruencia que enseña afamada doctrina (J.V.González, Segundo V.Linares Quintana, Germán J. Bidart Campos, Juan A.González Calderón); no sin antes señalar que a este concepto ha llegado el legislador al sancionar el Código Penal (art.68), también el Código de Justicia Militar (art.609 y 612).

Señalo a quien me sigue en orden de votación, que esta Cámara se ha expedido contrariamente sobre el tema en el caso 'Forteza' (Tº178-95/106).

Considero y destaco, que el voto que propugno no contraría el sentido indicado en el caso 'Solís' por la actual Corte Suprema (F:308-1298).

A modo de Epílogo: Que el Dr.José B.Gorostia

///

///

gá tomó de Alberdi el modelo de atribución de indulto y lo achó de su propio puño y letra. Qué propuso en su reemplazo otro texto que limita más la facultad Presidencial, texto / que difiere sustancialmente del de los Estados Unidos, y responde a precedentes constitucionales patrios (Const. 1819 y / 1826). Qué o más: la Convención Constituyente de 1853 enmendó y restringió más aún la atribución de indulto (concordante / con los arts. 29 y 95 CN.) Que ese innegable afán de limitación, lo afirma el propio Gorostiaga en la sesión, lo ratifica la coetánea Corte Suprema de Justicia en su fallo (1863) y lo narra el propio Secretario de la Convención General Constituyente Sr. Zuviría. Que este particular, histórico y profundo debate de atribuciones concedidas -apartado el precedente americano sin lugar a dudas- hace que se torne indiscutible la limitada atribución, a mi juicio (sólo indulta penas o las conmuta).

Por último, que el señero fallo 'Sojo' dictado en los años 1887 nos enseña el arte de la hermenéutica constitucional en la especie, verdadera máxima, que alumbra que a los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíba expresamente, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados, pues es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los Poderes Públicos a sus atribuciones y facultades demarcadas, como derivadas de la soberanía del pueblo, por ex

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

preso consenso.-

Que como dijera al comienzo de mi voto, ir a la fuente misma, la Constitución de 1853 y su discusión y autores; es método clásico que por solvencia y antigüedad a parecen insospechados de antojadiza parcialidad.

Las leyes dictadas en su consecuencia (Código Penal y Código de Justicia Militar) son coherentes y corroborantes de esta interpretación, lo que hace que esta interpretación supere airoso esta prueba, no sin olvidar las posteriores y también corroborantes interpretaciones de afamada doctrina.

Voto en síntesis: Para que se declare no extinguida la acción penal ventilada en la presente causa, con el Decreto 1002/89 del P.E.N. (Art.593,609 y 612 del C.J.M.) por inconstitucional.

El señor Juez de Cámara, Dr.Luis Alberto Cordero, dijo:

I)- Que iniciadas estas actuaciones incidentales, como pertenecientes a los autos en los que se investiga el hecho en que en un presunto enfrentamiento con integrantes pertenecientes a Ejército y Marina, perdió la vida Laura Susana Martinelli, quien y al estar en lo que hasta ahora se lleva recopilado en actuaciones, se encontraba a disposición del P.E.N. a aquel momento.

II)- Por este hecho el Tribunal citó por resolución dictada en causa 11(b), con fecha 8 de julio de 1988, a prestar declaración indagatoria (art.235 CJM) al Vicealmirante

///

///

te Luis María Mendía, Capitán de Navío Edmundo Oscar Núñez,
Capitán de Navío Juan Carlos Malugani.

III)- Los nombrados fueron indultados por el P.E. mediante Decreto 1002/89, (ver informe actuario a fs.7 vta., en etapa de proceso en trámite, acto que involucra a otros miembros en la Fuerza Marina imputados por distintos hechos, que también se tramitan ante esta jurisdicción.

Contra tal decisión se alza el querellante, planteando la inconstitucionalidad del acto, postura que acompaña el señor Fiscal de esta Cámara en oportunidad / de evacuar la vista ordenada a fs.5.-

IV)- Voy a omitir referirme a los fundamentos de aquellas posiciones en razón de que fueron sintetizados por el primer voto.

Sólo y brevemente debo señalar el muy / buen trabajo producido, en estricto cumplimiento de su deber como representante de la sociedad y controlador de la correcta aplicación de la ley- por el señor Fiscal de Cámara.

V.)- También estrecha mi margen de análisis el documentado y excelente voto de mi colega, Dr. Planes, quien agota el tema desde el punto -diría- fundamental, cual es el que informa nuestra ley fundamental, demostrando indudablemente la carencia de facultades constitucionales del P.E. para producir actos de la índole del impugnado.

Comparto tanto sus fundamentos, como / su conclusión, lo que impone la remisión a ellos.

VI).- Como derivación de lo dicho, me

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

limitaré a señalar aspectos que estimo necesarios remarcar.

Es claro que el plexo normativo que parte de nuestra Constitución Nacional debe guardar coherencia y concordancia con sus postulados ya sea en sus derechos y garantías, como en las facultades o ámbitos de competencia concedidas a cada uno de los tres poderes que componen la estructura del Estado; todo aquello que vulnere sus lineamientos (actos administrativos, leyes, etc.), es repelido y rotulado como inconstitucional, es decir, carece de vida jurídica, resultando negativo para el armonioso desarrollo de los individuos en sociedad, quienes se dieron (Poder Constituyente) aquella norma para que regule sus relaciones, vigentes hasta que autodeterminen su modificación.

Así vemos que aquella coherencia y concordancia, a partir del enunciado establecido en el art.86 inc.6to. de nuestra Carta Magna, que faculta solamente al Poder Ejecutivo a indultar a condenados, pero de ninguna manera a procesados, se dictan en su consecuencia, normas como los arts.59 y 68 del C.Penal; el primero no menciona al indulto como causa de extinción de la acción, sólo la amnistía; el segundo señala que el indulto únicamente extinguirá la pena y sus efectos.

Al respecto es más que clara la parte pertinente de la exposición de motivos, transcrita por Emilio A. Ibarlucia en su artículo 'Inconstitucionalidad de los Decretos de Indulto' 1002/89.1003/89 y 1004/89, publicado en 'El Dere-

///

///

cho', del 14/11/89, que dice: "Que quedara bien clara la distinción fue la intención manifiesta de los redactores del código penal, cuando en la exposición de motivos expresaron: 'La conmutación y el indulto no se pueden decretar sino después de la condena del acusado por sentencia ejecutoriada.' Esta regla se ha violado en algunos casos, pero no por eso es menos imperativa. El acusado se pone a la orden del juez y no sale de esa jurisdicción hasta que termine el proceso. Sólo cuando media condena se entrega el reo a la autoridad administrativa, la cual lo tiene a sus órdenes para hacer cumplir la sentencia".-

Tampoco escapa a aquellos principios rectores el propio Código de Justicia Militar, la afirmación que se advierte con la sola lectura de sus arts. 478, 480, 593, 609 inc. 1ro. y 612: -

Lo precedente reafirma mi convicción de que el Ejecutivo carece de facultades para indultar en causas en trámite.

Omito reseñar en forma personalizada la mayoría abrumadora de doctrinarios que acompañan tal postura, por ya haberlo hecho el primer voto, como también el dictamen del señor Fiscal de Cámara.

Igual consideración en cuanto a los fallos de nuestros tribunales, sobre todo los de nuestra Corte Suprema, que salvo en una oportunidad 'caso Ibáñez', invariablemente se pronunció contra la validez del indulto en causas sin senten-

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

cia condenatoria firme.

VII)- Llegada a este punto no puedo eludir la mención al derecho que tiene todo habitante en la República a tener acceso a la justicia y obtener en ella un resguardo mediante un debido proceso (art. 18 CN.).

Este derecho no puede entenderse vigente para una de las partes -ya sea víctima o imputado- pues ello / violaría la cláusula constitucional de igualdad ante la ley (art.16 C.N.).

Con esto quiero significar, que sustraer al conocimiento de la justicia por medio del indulto a procesados, es no sólo una intromisión vedada por el art.95 C.N., sino que además priva a una de las partes o si se quiere a ambas, de debatir lo que cada uno de ellos crea como justo y verdadero, permitiendo que un juez -tercero imparcial- dé su respuesta a la controversia, llevando con ello -en mi opinión- un elemento necesario para obtener la paz social, dado que es el ámbito que la Constitución Nacional ha determinado para // que se sometan los conflictos individuales y se establezca, en el amplio sentido de la expresión "a cada cual lo suyo", respuesta que, sin duda opera como factor de tranquilidad social y hace que las partes en pugna abandonen el campo de la controversia e ingresen disciplinadamente al papel, que la resolución les adjudique, ya sea de vencedores o vencidos.

Desde siempre ha luchado el hombre por crear los instrumentos adecuados para dar respuesta a sus rencillas

///

///

y siempre llegó a igual conclusión, o se impone la ley del /
más fuerte o se crean normas dejando su aplicación a personas
ajenas (jueces) a los intereses encontrados.

Es claro que se optó por este último ca
mino, es verdad que se vió muchas veces clausurado, es verdad
que tiene procedimientos que necesitan ser modificados para /
que llegue en tiempo oportuno su respuesta, es verdad que hubo
etapas en que no cumplió con su función, pero también es verdad
que todo ello es modificable y que constituye el único medio i-
dóneo para una convivencia civilizada.

Consecuentemente que no se diga que los
jueces vivimos de espaldas a la realidad o encapsulados en nues
tro mundo, eso no es así, por el contrario estamos inmersos en /
la realidad que nos circunda, pero analizamos la misma a través
de las leyes, procurando su cumplimiento.

VIII) - También carece el indulto impugna
do del informe previo del Tribunal (art. 86, inc. 6to. C.N.), del /
cual ni se hace mención en los considerandos del decreto, ni /
puede decirse suplido con el requerimiento del estado procesal
que ilustra la nota librada por la Secretaría de Justicia (ver
en expediente reservado fs. 2/12), sin señalar los motivos que
originaron tal petición, limitándose la Presidencia de este Tri
bunal a disponer por Secretaría el fotocopiado de las actuacio
nes y su posterior remisión al requirente.

Marienthoff en su Tratado de Derecho Al-

///

Poder Judicial de la Nación

Expte.nro.386 - Sec.nro.2

///

ministrativo', Abeledo-Perrot, Año 1966, Tomo II, pág.711, luego de sostener -también- que el indulto procede una vez concluido el trámite del proceso y cuando la pena ha sido aplicada, dice "...así, no se puede indultar sin previo informe del // Tribunal correspondiente..." remitiéndose a la nota n°998 // (figura al fin de la pág.cit.) donde afirma que "La falta / de previo informe del Tribunal correspondiente, a que hace / referencia el artículo 86 inc.6° de la C.N., implica un vicio de forma en el procedimiento de enmarcación del acto de in dulto, que determina su nulidad absoluta..." (conf.De La Rúa, 'Código Penal Argentino', Parte General, Ed.Lerner, Año 1972, / pág. 841; Núñez, 'Las disposiciones generales del Código Penal', Ed.Lerner, 1988, pág.308).

Esta falencia no es más que la consecuencia de la imposibilidad constitucional de indultar a procesados, pues mal se podría informar sobre la personalidad y comportamiento de alguien que ni siquiera se tuvo oportunidad de conocer, repárese que los beneficiarios -en este caso- recién es tán citados a prestar declaración indagatoria.

Quede claro que aún en la hipótesis de que un Tribunal produzca un informe circunstanciado de la causa, no quita -en mi entender- la esencia inconstitucional de un indulto dictado a favor de un procesado.

Por último deseo reiterar lo dicho por este cuerpo en oportunidad de expedirse en sentido negativo (por

///

///

mayoría) sobre la constitucionalidad de la ley 23521.

Allí se señaló que la convivencia armoniosa y en paz en todo el cuerpo social, sólo se alcanza con el respeto irrestricto al estado de derecho que exige un obrar permanentemente enmarcado dentro de una completa juridicidad // (art.31 C.N.) (Conf.C.11/86 (Hoy 11/a), resol.14-6-87).

Por lo expuesto y con más los fundamentos / del Dr.Planes, me adhiero a su voto.

A mérito de la votación que instruye el presente acuerdo, SE RESUELVE: 1ro.)- Declarar la inconstitucionalidad del Decreto n°1002/89 del Poder Ejecutivo Nacional, en lo que a los procesados por el presente hecho se refiere.2do.)- Sigán los autos según su estado (C.11/86 (b)).3ro.)- Notifíquese y regístrese.- El señor Juez de Cámara, Dr. Ignacio Larraza, no suscribe la presente por excusación aceptada (art.109 R.J.N.).- e/1.: "en".-VALE.- y "auto":VALE.-