

PODER EJECUTIVO

**Facultad constitucional de indultar: tesis
ras amplia y restringida - Calificación del
indulto como acto de -gobierno.**

Acta N°111-0086413-4-0000
Buenos Aires, 19 de marzo de 1991

Señor Secretario Legal y Técnico
de la Presidencia de la Nación
Doctor Jorge Luis Maiorano

I - La Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, por expresa disposición del Poder Ejecutivo Nacional. requiere opinión con carácter urgente -acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la medida adoptada por Decreto N° 263 del 11 de febrero de 1991 y en el supuesto de que éste fuese total o parcialmente irregular se indiquen los cursos legales a seguir.

En atención a la índole de la cuestión planteada, la urgencia aducida y el expreso requerimiento del Señor Presidente de la Nación, resulta pertinente hacer excepción en este caso a la exigencia del dictamen jurídico previo del servicio de asesoramiento permanente del organismo que solicita la consulta.

II - Correspondrá examinar si el Decreto N° 263191 cumple con los requisitos establecidos para su validez en el artículo 86 inc. 6º de la Constitución Nacional.

Para ello cabe atender en primer término, dada su importancia formal, si se ha cumplido con la exigencia del "previo informe del tribunal correspondiente" establecida en el mencionado precepto constitucional.

1. Compulsados los antecedentes elevados a esta Procuración del Tesoro de la Nación se advirtió la necesidad de requerir a la Subsecretaría de Justicia de la Nación los informes judiciales correspondientes a los Sres. Hugo Alberto Pérez, Juan Félix

Velázquez, Daniel Oscar Bonomi y Jacobo Isaac Grossman, así como el relativo a Dora Emilce Gongalone respecto de la causa 59376 y el de Héctor Miguel Lema con relación a la causa N° 930.

Por nota del 7 de marzo de 1991 el Señor Subsecretario de Justicia remite fotocopias de los informes judiciales referidos a Hugo Alberto Pérez y Juan Félix Velazquez. En lo que hace a los ciudadanos Daniel Oscar Bonomi y Jacobo Isaac Grossman aclara que los informes judiciales se encuentran glosados a los expedientes números 78.081/91 del registro de esa Subsecretaría y 111-082.603-8 del registro de la Presidencia de la Nación, acompañándose fotocopias de sus partes pertinentes.

Se acompaña también fotocopia del informe respecto de Dora Emilce Gongalone expedido por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 6, Secretaría N° 17 advirtiéndose que esta causa se originó en la N° 59.376 en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 2, Secretaría N° 107 según la información proporcionada por el mencionado Juzgado Federal N° 6. Finalmente afirma que obró en la Subsecretaría el informe judicial emitido en la causa N° 930 en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Sentencia, Letra "Y", Secretaría N° 36, con referencia a Héctor Miguel Lema.

2. La lectura de los informes producidos por los magistrados intervenientes revela la utilización de diferentes fórmulas. Por regla general se mencionan las causas abiertas a los condenados o procesados, los delitos de que se trata, la extensión de la pena impuesta, si la condena se encuentra o no firme -referenciando los recursos de apelación que se hallaren pendientes- o el estado del proceso cuando todavía no se dictó sentencia. En ocasiones se detalla, respecto al proceso en trámite, la cuantía de la pena requerida por el Fiscal acusador. Algunos de los jueces intervenientes remitieron además otros elementos, tales como copias de certificados de antecedentes, sentencias de primera y segunda instancia.

La presencia de diferentes modalidades en la confección de los informes judiciales

se ajusta a la doctrina constitucional según la cual sus contenidos están librados a la discreción del tribunal que los produce (Cfr. Bidegain, Cuadernos de Derecho Constitucional T.IV., pág. 220, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1981).

La Constitución Nacional sólo pide el informe previo sin condicionar el indulto a la existencia de un informe favorable del poder judicial (Cfr. Guillermo J. Fierro, El indulto y su interpretación jurisprudencial, en Rev. Nuevo Pensamiento Penal N° 12, oct/dic 1976, pág. 542).

En el mismo sentido se pronuncia Germán Bidart Campos en una de sus últimas obras (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs. As. 1986, pág. 253) al decir: "El informe previo del tribunal correspondiente no es vinculatorio para el Poder Ejecutivo. Aunque el tribunal opine que no procede el indulto, el Presidente puede concederlo. El aludido informe puede "aconsejar", pero su verdadero sentido no consiste tanto en asesorar al presidente sobre el ejercicio de su facultad de indultar, sino en proporcionarle los antecedentes del caso (circunstancias del delito, personalidad del condenado, pruebas obrantes en el juicio y, sobre todo, la sentencia)" .

También expresa que el informe previo del tribunal correspondiente no obliga en manera alguna al Poder Ejecutivo, Pablo A. Ramella (Derecho Constitucional), Ed. Oepalma, 2a. ed. pág. 761}.

3. A la luz de la doctrina recordada corresponde examinar ahora la situación particular que plantean algunos de los informes cuya copias obran en el expediente.

El Sr. Juez Nacional de Primera Instancia en lo Criminal a cargo del Juzgado de Sentencia Letra "O" hace saber en la contestación al oficio librado por la Subsecretaría de Justicia la imposibilidad de dar cumplimiento con lo solicitado y relacionado con el artículo 86 inciso 6º de la Constitución Nacional con respecto a los imputados Jorge Antonio Santomingo, Víctor Hugo Argüello, Claudia Fabiana Díaz y Alicia Meza, porque sus respectivas causas se encuentran en trámite. No obs-

tante esa tesitura, el magistrado informa las condenas impuestas en primera instancia contra los dos nombrados en primer término en la causa N° 11.591, que se encuentran apeladas, y los delitos de que se trata. Respecto de Claudia Fabiana Díaz explica el delito por el cual ha sido detenida y los alcances de la acusación fiscal en la causa N° 11.786. También con relación a Alicia Meza se expuso el delito por el cual fue detenida y el estado de trámite de la causa N° 11.861. De modo tal que, pese a la reserva formulada a su inicio, el informe obrante en copia a fs. 24 contiene los datos suficientes para que el Poder Ejecutivo Nacional pudiese decidir el indulto.

Distinta fue la posición adoptada en las contestaciones relativas a los Sres. Hugo Alberto Pérez en la causa N° 3353 Y Juan Félix Velásquez en la causa N° 3390, por entender los respectivos magistrados intervenientes que no era posible remitir el informe que prescribe el art. 86 inc. 6º de la Constitución Nacional por encontrarse dichas causas en trámite, sin aportarse elementos de juicio respecto de los delitos cometidos.

Más adelante volveré sobre el punto al analizar la controversia doctrinaria y jurisprudencial que generó el indulto a procesados no condenados. Por ahora basta señalar que no parece posible admitir que los jueces se encuentren habilitados para bloquear el ejercicio de la facultad constitucional del indulto atribuida al Señor Presidente de la Nación mediante el recurso de no producir el informe requerido.

Si el Señor Presidente de la Nación participa de la opinión de que es posible indultar a procesados, con arreglo a una antigua y reiterada práctica apoyada en significativos precedentes jurisprudenciales, incluso del más alto tribunal de la república y en una importante doctrina, no resultaría admisible que la negativa a proporcionar el informe solicitado pueda frustrar el ejercicio de la potestad que le acuerda el art. 86 inc. 6º de la Constitución Nacional.

Por esta razón, sin perjuicio de los demás argumentos que sustentan el indulto a procesados como luego se verá, puede considerarse que también en los dos últimos casos examinados -los atinentes a Hugo

Alberto Pérez y Juan Félix Velásquez- se encuentra cumplido el requisito constitucional del informe previo con la solicitud oportunamente formulada por la Subsecretaría de Justicia y con la respuesta genérica producida por los tribunales competentes.

Por los demás, la Subsecretaría de Justicia ha contestado el oficio librado por esta Procuración informando acerca del estado de las causas y delitos imputados a ambas procesadas, de modo tal que el Sr. Presidente de la Nación puede complementar los datos correspondientes a los mismos.

4. Obran también en el expediente copias de los informes favorables del Servicio Penitenciario Federal relativos al tratamiento penitenciario de los indultados. .

La solicitud de este tipo de informes no hace al cumplimiento de los requisitos constitucionales para la validez del indulto. Se encontrarían más bien vinculados con las motivaciones de políticas relativas al proceso penal y al régimen carcelario que se exhiben en los considerandos del Decreto N° 263/91.

Toda vez que la opinión requerida a esta Procuración del Tesoro de la Nación ha sido limitada a la legitimidad o ilegitimidad de la medida dispuesta por el decreto mencionado, no corresponde abrir juicio sobre el mérito, conveniencia u oportunidad de las políticas expuestas en sus considerandos y acerca de su adecuación a cada uno de los casos concretos.

III- La segunda cuestión a examinar relativa a la validez o invalidez del Decreto N° 263/91 consiste en la interpretación que cabe asignar al concepto de "penas" contenido en el artículo 86 inciso 6º de la Constitución Nacional.

Esta cuestión, vinculada con la posibilidad de dictar el indulto en el curso del proceso, ha vuelto a plantearse en época reciente con motivo de la sanción de cuatro decretos (1002/89 al 1005/89) que beneficiaron a procesados N° condenados.

1. Desde el siglo pasado han existido dos posiciones doctrinarias respecto a los alcances de la facultad que otorga al Presidente el artículo 86 inc. 6º de nuestra ley fundamental.

La mayoría de la doctrina se adscribe á una tesitura calificada como *restringida*. según la cual el Poder Ejecutivo sólo puede indultar a las personas que han sido previamente condenadas y cuyas penas impuestas han pasado en autoridad de cosa juzgada, no existiendo vías recursivas pendientes.

Entre los autores que cabe incluir en esta posición se encuentran los siguientes: Joaquín V. González (Manual de la Constitución Argentina, Angel Estrada y Cía., Bs. As. 1897, N° 551 pág. 543); Montes de Oca (Lecciones de D. Constitucional, Tipolitografía "La Buenos Aires", Bs.As. 1917, Tomo II. pág. 345); José Manuel Estrada (Curso de D. Constitucional, Bs. As. 1927, 2da. Ed. T. III. pág. 297/3(0); Juan A. González Calderón (Derecho Constitucional vol. III. N° 485, pág. 382); Germán Bidart Campos ("El derecho a la presunción de la inocencia y su violación por el indulto anticipado", en J.A. 1958-11. págs. 557/559 y Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino.. Edial T.II. pago 253); Ricardo F. Raffaini (Encyclopédia Jurídica Omeba. Tomo XV, pág. 607/608); Luis N. Lefevre (El indulto. J.A. 1962 -IV pág. 100; Segundo V. Linares Quintana (Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, vol. IX, N° 5987. pág. 358); César Enrique Romero (Derecho Constitucional T.II. Victor P. de Zavalía Editor. Bs. As. 1976. pág. 244); bteba n Casaraville (La Facultad de Indultar del P.E. LL T.II3, págs. 959/962); Sebastián Soler (Derecho penal argentino, T. 2, pág. 462). Según lo señala Roberto García Martínez (J.A.1959-V, pág. 255, nota 1) en la misma posición pueden incluirse a otros penalistas argentinos como Eusebio Gómez, Carlos Tejedor, Manuel Obarrio. González Roura, Emilio Díaz. Juan P. Ramos, Rodolfo Moreno, Ricardo Nuñez. Niceto Alcalá Zamora y Ricardo Levene.

La segunda tesitura, denominada *amplia* porque admite el ejercicio de la prerrogativa presidencial aún en el caso de procesados en cualquier estado de la causa, si bien minoritaria entre los autores reúne un número significativo siendo algunos de ellos de particular relevancia. Cabe citar aquí a Rafael Bielsa (Derecho Constitucional, Depalma, 3era. Edición, Bs.As. 1959, pág. 652 y nota 47); José Nicolás Matienzo

(Dictamen como Procurador General de la Nación del 16 de febrero de 1922 en Cuestiones de Derecho Público Argentino, T.I, Bs. As. 1924, pág. 216-19); Roberto García Martínez (El indulto, Facultad Constitucional, en J.A. 1959- V.págs. 255/260); Ricardo Victorica (La facultad de indultar, Gaceta del Foro N° 635/636 y 634, abril de 1918); José Luis Liuzarini (Indulto presidencial durante el proceso, LL 6.1X.89); Leonidas Anastasi, (J.A. 1-94); Tomás Jofré (Manual de Procedimientos, T.2. pág. 62); Eugenio Raúl Zaffaroni (Tratado de Derecho Penal, Parte General, T.V., pág.39); Jorge Luis Santana (La facultad presidencial de indultar, el L.L. del 19.09.89).

A esta última nómina cabe agregar a algunos autores que evolucionaron desde la tesis restringida pasando a engrosar la lista de partidarios de la tesis amplia, tales como Eduardo Costa (Cfl Consejeros Legales, Tomo V, pág. 137 Y Tomo VII pág. 280) y Pablo Ramella (D. Constitucional en la 2da. edición de su obra), Depalma 1982, pág. 759).

Por su parte, también la jurisprudencia ha sido cambiante. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse en escasas oportunidades, y lo hizo sucesivamente con arreglo a la tesis restringida y amplia. Lo propio sucedió respecto de los tribunales inferiores.

Entre los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en favor de la tesis restringida se registra su decisión implícita al confirmar el fallo del juez federal de primera instancia en la causa "Luengo, Simón y otros" del 6 de octubre de 1868 (Fallos 6:227). circunstancialmente reiterada en "Crisólogo Andrade" del 20 de abril de 1872 (Fallos 11 :4(5) y desarrollada en "Irigoyen. Hipólito" del 15 de julio de 1932. (Fallos 165:210).

En favor de la tesis amplia cabe citar el caso "Ibañez José" del 16 de junio de 1922 (Fallos 136:244) cuya doctrina fue reiterada respecto a los indultos generales y a procesados dispuestos por los Decretos Nros. 17.782/50 y 8778/52, en las causas "Amorebieta. Valentín" del 19 de octubre de 1951 (Fallos 220: 730) y "Aramburu y Cía. S.R.L." del 11 de noviembre de 1954

(Fallos 230:185); y en "Navarrete, Fernando y/otros" del 31 de julio de 1959 (Fallos 244:263) con relación al Decreto N° 8554/59.

En cuanto a los tribunales inferiores se registran también adhesiones a la tesis restringida de la Cámara Criminal Capital (Dictamen en el caso "Magdalena, Antonio", J.A.T.I:94), en los fallos "Barraza, Josefá" (Sala 3, del 2 de diciembre de 1960, J.A. 1961-11-636) "Forastieri, Jorge" (plenario del 4 de abril de 1961, J.A. 1961-III-571) de la Cámara Federal de Mendoza, "Mercado, Aldo H." del 22 de agosto de 1973 (J.A. Serie Contemporánea T.23-1974, p. 770) y a la tesis amplia de la Cámara Federal Bahía Blanca (Causa "Forteza, Eduardo" del 26 de junio de 1959 (J.A. 1959-V-254) y de la Cámara Federal La Plata en el caso Ricardo Balbín.

Más recientemente, con motivo de la aplicación del indulto se registraron las sentencias de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala Especial, del 13 de noviembre de 1989 en la causa N° 450, con las disidencias de los Doctores Horacio Cattani y Mario G. Costa, y de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en la causa "Santiago Omar Riveros", que hicieron lugar a la excepción de indulto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó los recursos interpuestos contra la sentencia de esta última Cámara en su fallo del 11 de diciembre de 1990, excepto en el voto de los Ministros Julio Oyhanarte y Enrique Santiago Petracchi que entendieron que correspondía abrir los recursos y confirmar la sentencia apelada adhiriendo explícitamente a la aplicación de la tesis amplia.

2. Coincidí con los partidarios de la tesis amplia en cuanto interpretan el vocablo "penas" inserto en el artículo 86 inciso 6º de la Constitución Nacional en el sentido que dichas "penas" son las que la ley prevé y no las que los jueces aplican, según lo afirmara el superior tribunal de la República en el precedente de Fallos 116:244. consid. 11.

Esta exégesis es la que mejor se compadece con la naturaleza que se reconoce el indulto, cada vez con mayor firmeza en la doctrina, como acto de gobierno.

En este sentido cabe señalar que en el origen de la tesis restringida se encuentra la opinión de antiguos constitucionalistas que concebían al indulto como una facultad de naturaleza judicial. Así lo entendían, por ejemplo, Joaquín V. González (op.cit. N° 549 pág. 542); Montes de Oca (op.cit. págs. 346/348); Estrada (op.cit. págs. 297/300). Otros autores se pronunciaron más tarde en el sentido parecido de considerar al indulto como una prerrogativa judicial ejercida por el Poder Ejecutivo (Raffaini, op.cit. pág. 613); Raúl Enoc Calderón (*El Indulto y Commutación de penas*, pág. 407 con cita de Quiroga Lavié, D. Constitucional, Bs. As. 1978 págs. 709/714).

En cambio, Bielsa (op.cit. págs. 650/651) critica la tesis antes expuesta sobre la base de sostener que cuando el Poder Ejecutivo indulta o commuta penas no juzga nada. Juzgar es declarar derecho con fuerza de verdad legal, según lo ale-gado y probado. Nada de eso hace el Poder Ejecutivo: éste juzga la ley y no según la ley. Tanto es así que el fallo subsiste enteramente a los efectos de la reincidencia, de la indemnización, de las costas. Si juzgara tendría que ser como el tribunal más alto en el orden judicial lo que sería monstruoso. El Poder Ejecutivo al indultar o commutar -prosigue diciendo este autor- tampoco perdona, pues sólo perdona el ofendido o agraviado o damnificado, y él no está en ninguna de esas situaciones. Cuando más. la ofendida sería la vindicta pública ya ella no la representa el Poder Ejecutivo.

Aún un autor partidario de la tesis restringida, Bidart Campos, en su obra Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino (op.cit.) con más precisión que en su anterior "El Derecho Constitucional del Poder" (Ediar, Bs. As. 1967, Tomo 11, pág. 125), expresa que el indulto es un acto de neta y clara naturaleza política, y no -como algunos sostienen- jurisdiccional. El Poder Ejecutivo no cumple la función de administrar justicia (que ya ejerció el tribunal que condenó) sino que concede una "gracia" y esta prerrogativa presiden-cial es propia de su actividad política.

Otros autores que también adscriben a la tesis restringida cuestionan su presunta

naturaleza judicial. Así Luis N. Lefevre lo llama acto administrativo extraordinario y Guillermo Fierro lo considera acto de gobierno (en obras ya citadas), tomando particularmente en cuenta ciertas notas características que posee, tales como su carácter discrecional y no reglado, el ser irreversible judicial y legislativamente.

De este modo, la caracterización como acto de gobierno que hace de sí mismo el Decreto N° 263/91 no sólo reconoce apoyo en los partidarios de la doctrina amplia sino también en otros autores incluydos en la doctrina restringida.

3. Al entenderse al indulto como acto de gobierno cae también otro de los argumentos principales de los partidarios de la tesis restringida según los cuales el indulto a procesados viola el art. 95 de la Constitución Nacional y revela usurpación de facultades judiciales por parte del Poder Ejecutivo.

Este artículo no puede ser contrapuesto a la facultad del indulto porque, como lo señala con acierto García Martínez el sentido de esa norma es impedir que el Ejecutivo puede atribuirse el poder de juzgar a los habitantes y por ese medio sancionar" los. Es el mismo propósito del art. 23 C.N. en donde se contempla que bajo imperio del estado de sitio, el Presidente de la República no podrá condenar por sí ni aplicar penas.

Coherentemente con la exégesis explicitada, la doctrina norteamericana ha señalado que el Presidente no está autorizado a aumentar las condenas impuestas por las Cortes, él sólo puede mitigarlas, según lo recuerda Edward S. Corwin en "El Poder Ejecutivo", (Ed. Bibliográfica Argentina., Bs. As. 1959, pág. 173).

A estos argumentos cabe agregar otros tres de peso que trae el considerando 14 del voto de los Ores. Oyhanarte y Petracchi en la causa ya citada "Riveros", al decir que no resulta fácilmente admisible que la Corte Suprema de los Estados Unidos haya legitimado una usurpación de facultades judiciales por el Ejecutivo a lo largo del dilatadísimo espacio de tiempo transcurrido desde el caso "Ex Parte Garland". Por otra parte, se prosigue diciendo en ese

voto, lo contrario supondría también que la amnistía configuraría una usurpación de facultades por el Congreso que implicaría la inconstitucionalidad del art. 67 inciso 17 de la Constitución Nacional. Finalmente que la extinción de la acción penal no es una facultad judicial, ya que lo propio de esta facultad es el "juzgamiento" en sentido estricto del ilícito imputado.

4. Caracterizar al indulto como acto de gobierno importa la aplicación, no considerada por todos los que así lo conciben, del principio sentado desde antiguo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual, los actos políticos del ejecutivo y del legislativo no pueden ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad y, por lo tanto, no son susceptibles de revisión en sede judicial (Carlos Valiente Noailles, Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fondo de Obras Jurídicas, Bs. As. 1970, Tomo 1, pág. 57).

Tagle Achával (Función política y función judicial. La no judicabilidad de las cuestiones políticas. La Ley N° 148-1323) individualiza como uno de los casos de cuestiones políticas no revisables judicialmente, aquél que trata "de una cuestión en la que quien decide tiene facultades para decidir o no decidir entre varias alternativas". Ese autor, refiriéndose a la parte de la doctrina que en los últimos años atacó la validez de aquella jurisprudencia, expresa que nadie sostiene que los criterios de conveniencia en base a los cuales se sanciona la norma puedan ser discutibles judicialmente. Se promueve sólo el examen judicial de las cuestiones jurídicas que están insertas en las cuestiones políticas, es decir, si la facultad propia de uno de los poderes del Estado se ejerce dentro de los límites que fija la Constitución. Como luego ampliaré, ello sólo sería posible, en caso que mediara un interesado, con interés jurídico suficiente.

Los autores de la tesis restringida, han querido encontrar diferencias notorias entre los vocablos utilizados en nuestra Constitución Nacional al instituir el indulto, de los empleados en la Constitución de los Estados Unidos de América.

Así, Raymundo Wilmart, en su artículo "El pardon anglosajón y el indulto nuestro" (en Revista Argentina de Ciencias Políticas, Tomo 16 págs. 46/49) señala que en Inglaterra y en los Estados Unidos "se perdona ahí el delito, the offense", y por lo tanto cabe, a priori al menos, que el perdón del rey y el del presidente de los Estados Unidos recaigan antes o durante el juicio, lo mismo que una vez pronunciada la condena, porque en ello no existe contradicción en los términos. En cambio sostiene este autor que al referirse al art. 86 inc. 6º CN. al indulto de "las penas" supone que ello sólo cabe después de fenecido el juicio, una vez que exista una condena. Similar fundamento adoptan Linares Quintana, González Calderón, Bidart Campos y otros tratadistas que adscriben a la tesis restringida.

Ricardo F. Raffaini (op. cit. págs. 596/597), quien también participa de esa posición, señala que Gorostiaga, al preparar el manuscrito del proyecto de constitución en el Congreso Constituyente de 1852-54 para la Comisión de Asuntos Constitucionales, tuvo a la vista cuatro fuentes. La constitución norteamericana, el proyecto de constitución de Alberdi, la constitución de 1819 y la de 1826.

Examinando esas fuentes puede apreciarse que el artículo 85 inc. 7º del proyecto de Alberdi prevé que el Presidente de la Confederación "concede indultos particulares en la misma forma (con acuerdo del senado)". La generalidad de la expresión exime de mayor comentario y no se advierten en esa fuente cortapisas para la facultad presidencial. Las constituciones de 1819 y 1826 otorgan la facultad al Poder Ejecutivo de indultar la pena capital (la de 1819 prevé también la commutación), "salvo los delitos que la ley exceptúe". La expresión final es reveladora que no se consideran sólo las penas sino también los "delitos". Este último vocablo "delitos" es el utilizado en la Constitución de los Estados Unidos y que lleva aún a la doctrina restringida a admitir en ese país el indulto en el proceso.

Los autores de la tesis restringida señalan también que las constituciones de 1819 y 1826 responden además del modelo norteamericano a la tradición hispánica. Pero

resulta que la tradición hispánica, resumida en la Ley N°27, tit. 311; libro 211 de las Leyes de Indias, es coincidente con la anglosajona toda vez que no distinguía, en cuanto al ejercicio del derecho de gracia, la situación de los inculpados por delitos, de los condenados. (Cfr. J.L. Vázquez Sotelo, "El indulto general y anticipado" establecido en el Decreto N° 2940 del 25 de noviembre de 1975, en Revista Jurídica de Cataluña, Año 74, N° 4, oct.-dic. 1975, págs. 891-931. Ricardo F. Raffaini, id. pág. 597/600).

Confrontados los tres antecedentes, proyecto de Alberdi y las constituciones de 1819 y 1826, es posible concordar con la posición sostenida por José N. Matienzo, quién dictaminó como Procurador General de la Nación el 16 de febrero de 1922 en el caso "Ibañez", en el sentido que la Constitución Argentina sigue a la Constitución de los EE.UU. fuera de dos enmiendas que no afectan al fondo del precepto. Por tal motivo juzgó aplicable la jurisprudencia norteamericana -caso Wallace- en virtud de la cual el indulto es un poder ilimitado que puede ser ejercido en cualquier tiempo después de la comisión de un delito. Esta opinión de Matienzo resultó coincidente con la de predecesores en el cargo, los Procuradores Generales Eduardo Costa, en la vista del 25 de septiembre de 1885, y Sabiniano Kier el 24 de mayo de 1897 en el caso "Frendenhagen".

La posición amplia de la doctrina americana se remonta al propio Hamilton quien explicando en "El Federalista" (LXXIV, 25-111--1788, Fondo de Cultura Económica, Méjico, págs. 316/317) la facultad del indulto expresaba que "la humanidad y la buena política aconsejan de consumo que la generosa prerrogativa del indulto sea entorpecida y obstaculizada lo menos posible". En el debate de la Constitución de los EE.UU. se propuso que se limitara el poder insertando la cláusula "después de la condena", pero se objetó que "el indulto podía ser necesario antes de la condena a fin de obtener el testimonio de los cómplices", por lo que se retiró aquella moción (Edward S. Corwin, op. cit. pág. 171). La única limitación establecida al poder presidencial de indultar en este país, es pues que no se aplica a los casos de juicio político (c.

Herman Pritchett, La Constitución Americana, Bs. As. 1965,432/434).

5. Quizás el argumento más impactante que levanta la tesis restringida en defensa de su posición es que el indulto no puede producirse sino después de la imposición de la pena sobre la cual debe recaer, porque todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras que no sea convencido de lo contrario; para haber perdón lógicamente se presupone que exista delincuente y quien fuera indultado llevaría consigo la mancha del delito. Este fue el principal sustento expuesto por la Corte Suprema en el caso Irigoyen quien habiendo sido beneficiado por un indulto procedió a rechazarlo (Fallos 165:213).

No obstante, el planteo resulta más aparente que real. Es la sentencia la que transforma a un procesado en delincuente puesto que recién en ese momento "se pronunciará el fallo condenando o absolviendo al procesado o procesados por el delito o delitos que hayan sido materia del proceso, imponiendo la pena que corresponda" (art. 495 C.P.C.C.). La presunción de la inocencia es un principio que recién destruye la condena, porque el procesamiento no constituye a un hombre en delinquiente.

De modo que, como principio, el procedimiento no podría aducir algún interés legítimo para oponerse al indulto, ni cabe aquí el pronunciamento de inconstitucionalidades de oficio. Si subsistiese algún interés tendría en sus manos la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto en lo que hace a su persona, previa la demostración del agravio concreto que le causa la norma, según es requisito de aquél planteo. Pero en tal supuesto no podría a la vez pretender beneficiarse con la medida, por aplicación de la conocida doctrina de la Corte según la cual no puede deducirse la inconstitucionalidad de un régimen jurídico al que voluntariamente se acoge un interesado.

Por otra parte, tampoco el querellante posee, a nuestro juicio, interés suficiente para oponerse al indulto de un procesado y deducir la inconstitucionalidad del decreto que lo dispone. En primer término porque mantiene abierto el camino a la reclama-

ción de indemnizaciones con arreglo a los principios generales de la responsabilidad civil. En segundo lugar porque siendo la "gracia o perdón" una institución fundada en principios de orden público, no puede estar a disposición de los intereses particulares agravados por los hechos que dieron origen a los procesos, o en su caso a las condenas.

Todos estos puntos han sido también ampliamente desarrollados, en idéntico sentido, en el voto de los Dres. Oyhanarte y Petracchi en el precedente "Riveros".

IV - El último de los requisitos constitucionales establecidos en el artículo 86 inciso 6º de la Constitución Nacional para la validez del indulto es que recaiga sobre delitos sujetos a la jurisdicción federal, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

Desde antiguo se interpretó la expresión "delitos sujetos a la jurisdicción federal" como referida a delitos juzgados por magistrados federales o nacionales, siendo en cambio ajena a la prerrogativa presidencial las causas tramitadas en jurisdicción provincial.

En efecto, ya Montes de Oca formulaba tal aclaración al decir: "Tratándose de la letra estricta de la ley y dada la organización de los tribunales de la Capital, parecería que la facultad presidencial no llega hasta indultar o commutar las penas impuestas por la justicia de la Ciudad de Buenos Aires. No es esa la jurisprudencia sancionada entre nosotros, y se comprende que no lo sea, porque pugnaría con el espíritu de nuestra Constitución. Ha querido que el Presidente no se inmiscuya en los asuntos judiciales que pertenezcan a las provincias y que ejercite esa atribución primordial sólo en los casos de penas impuestas por tribunales nacionales, y tan nacionales son los tribunales que se denominan federales como los tribunales ordinarios de la Capital-de la República" (D. Constitucional, op. cit. págs. 344/345).

Por su parte Francisco J. D'Albora (La Justicia Federal, su competencia penal, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1968 págs. 3-54) ratifica esta doctrina recordando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación

reconoce invariablemente el carácter nacional de los jueces de la Capital Federal y rechaza expresamente la antigua distinción entre jueces de la constitución y jueces de la ley.

La doctrina de la Corte Suprema según la cual los tribunales que ejercen su jurisdicción en esta Capital no son autoridades locales sino nacionales fue establecida en la causa Roberto Vergara Fernández y mantenida en forma invariable por la jurisprudencia posterior (Fallos 236:8; 246:285; 276:255; 277:466; 283:29 y otros).

v - Tal como resulta de las consideraciones expuestas hasta aquí, soy de la opinión que los indultos dispuestos por el Decreto N° 263/91 reúnen los requisitos establecidos para su validez por el artículo 86 inciso 6º de la Constitución Nacional y deben ser mantenidos.

Por lo demás, los principios emergentes de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, en esta materia son terminantes. Así se dice que el Ejecutivo puede otorgar un indulto por buenas o malas razones, o por ninguna razón en especial, y el acto es final e irrevocable. A los tribunales no les conciernen las razones del perdón. La Constitución circunscribe en el Ejecutivo la facultad de indultar y esta prerrogativa está más allá de todo control. Cualquier intento de los tribunales de interferir en el gobierno en el ejercicio de la facultad de indultar sería una manifiesta usurpación de autoridad (Cfr. American Jurisprudence, Second Edition, A Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Volume 59, 1987, nro. 38, pág. 34; y jurisprudencia citada en la notas correspondientes).

Menos terminante que la jurisprudencia norteamericana pero igualmente concluyente, es la posición de nuestra doctrina y jurisprudencia provincial según la cual el indulto es irrevocable cuando el acto no adolezca de vicios de tal naturaleza que afecten su validez o cuando ya se halla ejecutado (Cfr. Guillermo J. Fierro, op. cit. págs. 540/541).

VI - Establecidas las razones que aconsejan mantener los indultos concedidos en el- Decreto N° 263/91 no puedo dejar de

hacer, en cuanto pueda servir para el futuro, una breve referencia a la doctrina establecida por esta Procuración del Tesoro de la Nación con fecha 28 de diciembre de 1956.

En esa oportunidad el entonces Procurador del Tesoro, Dr. Ricardo Colombrés, estimó conveniente ante una solicitud de indulto contar con informes judiciales amplios ya que la mera transcripción de la sentencia condenatoria y la referencia al comportamiento del penado en el establecimiento carcelario no bastaban para conocer su personalidad ni su vida precedente, las razones que lo llevaron a delinquir, el valor sintomático de su conducta y un conjunto de factores cuya ponderación permita llegar a una mejor decisión.

En conclusión, entendió el Dr. Ricardo Colombrés que era conveniente solicitar a los tribunales, a título de colaboración ya efectos de ilustrar el criterio del Poder Ejecutivo, un informe detallado y opinión sobre la conveniencia de acordar el indulto.

El criterio de responder a una solicitud similar fue aceptado como válido por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en un Acuerdo Extraordinario del 18 de septiembre de 1931 (T. III, pág. 277).

Ya se expresó en el apartado II, 2º del presente que la Constitución sólo pide el informe previo sin condicionar el indulto a la existencia de un informe favorable del poder judicial. También se dijo que la presencia de diferentes modalidades en la confección de los informes se ajusta a la doctrina y a la práctica según la cual sus contenidos están librados a la discreción del tribunal que los produce.

Empero, considero que para el futuro, y en concordancia con el parecer vertido por el Dr. Colombrés en el Dictamen citado, correspondería requerir a los tribunales que deban practicar el informe previo del artículo 86 inc. 6º de la Constitución Nacional lo hagan en términos detallados, cubriendo los distintos aspectos de los antecedentes y personalidad del beneficiario del indulto a fin que pueda merituarse su peligrosidad y la posibilidad que tenga de lograr una positiva reinserción. en el seno de la sociedad.

Ello facilitará la colaboración entre el poder judicial y el ejecutivo, encontrándose este último en mejores condiciones para merituar las repercusiones sociales y consecuencias que traerá aparejadas la decisión a adoptarse.

VII - Por todo lo expuesto, conforme a lo ya anticipado, considero que el Decreto N° 263/91 reúne los requisitos establecidos para su validez por el artículo 86 inciso 6º de la Constitución Nacional, sin perjuicio que puedan adoptarse para el futuro las sugerencias contenidas en el apartado VI.

Dictámen N° 095/91

Alberto Manuel García Lema