

Portevelas: cf.

Novillo Martínez 928

Residencial Vélez Sarsfield

Cordoba : Tel. 608641

AMALIO JUAN REY  
ABOGADO

COMISIÓN DE FAMILIARES DE DESAPARECIDOS

Y DETENIDOS POR RAZONES POLÍTICAS

CORRIENTES 362  
DPTO. 9

CÓRDOBA  
ARGENTINA



B7,345

ES FOTOCOPIA

B7,345  
Poder Judicial de la Nación

Luciano Benjamín  
Menéndez y otros -  
p.s.s.aa. de delitos  
cometidos en la represión  
de la subversión

//doba, 4 de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Y VISTOS:

Estos autos: "MENENDEZ Luciano Benjamín y otros - p.s.s.aa. de / delitos cometidos en la represión de la subversión" (Expte. 31-M-87), pa- ra resolver el sobreseimiento definitivo impetrado a fs. 5157 por el se- ñor Defensor Oficial en beneficio del Gral. de Div. (R) Luciano Benja- / mí Menéndez con base en el decreto de Indulto dictado por el señor Pre- sidente de la Nación en favor, entre otros, del mencionado militar y en virtud de lo dispuesto por el art. 347 y el inc. 5º del art. 443 de los Códigos de Justicia Militar y de Procedimientos en Materia Penal de la/ Nación, respectivamente.

Y CONSIDERANDO:

I. Que corrida vista al señor Fiscal de Cámara, dicho Funciona- rio y el Fiscal Adjunto se expiden favorablemente en tal pedido (fs. // 5189/91).

Que ocurridas las presentaciones de los apoderados de particu- lares damnificados a fs. 5192/5200 y fs. 5202/5234 en que solicitan se/ declare la nulidad e inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002 / 89, aquellos funcionarios se expiden en que corresponde desestimar "in/ limine" tales planteamientos por no revestir los presentantes en el pro- ceso el carácter de partes (fs. 5235/36).

Que en autos este Tribunal antes y después de avocarse a su co- nocimiento reiteradamente se ha pronunciado con amplios desarrollos (// Acuerdos 66/85, 96/85, proveído del 23 de abril de 1986, fs. 49 expte./ 8-M-85, resoluciones del 9 de diciembre de 1986 Lº 92 Fº 137, y 2 de fe-



///brero de 1987 L° 92 P° 180, entre otras, todas firmes), rechazando / la intervención de los particulares damnificados como querellantes y /// por ende como partes, siguiendo el criterio de la Excma. Corte Suprema/ de Justicia de la Nación en "FERNANDEZ MEIJIDE, Pablo - s/ Averiguación por privación ilegítima de libertad" (FALLOS: 307-I:457) en el sentido/ de que la intervención de los particulares damnificados en los términos del art. 100 bis del Cód. de Justicia Militar no se identifica con la / institución del querellante prevista en el art. 170 del C.P.M.P., moti-vo por el cual no pueden ser considerados como parte.

II. Que entrando al fondo del asunto, estando debidamente acre-ditado en autos el decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo Nacional, el /// cual, entre otros beneficiarios, indulta al Gral. Menéndez en las cau-sas seguidas en su contra en esta sede -oportunamente acumuladas- y las incorporadas con posterioridad como consecuencia de pronunciamientos / de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación -originariamente ra-dicadas ante la Cámara Federal de Mendoza- corresponde pronunciarse so-bre la procedencia de la medida solicitada.

Que el indulto es un acto de gobierno y una facultad privativa del Poder Ejecutivo que, ejercida conforme a los presupuestos exigidos/ por el art. 86 inc. 6º de la Constitución Nacional, no es revisable ju-risdiccionalmente. En su contenido dispositivo como acto de ejecución,/ sólo queda sujeto a la discrecionalidad que la prudencia política que / el Presidente de la República le aconseje (en este sentido Rafael Biel-sa "Derecho Constitucional" 1954, pág. 518 y Derecho Administrativo /// 1957 T. V, págs. 569/573, ambos de Edición Depalma).

///



ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

/// Que por ello y en lo que hace a la oportunidad de su dictado, / -sin desconocer que el tema no registra una pacífica interpretación- es conveniente poner de resalto que el art. 86 inc. 6º de la Constitución/ Nacional al otorgar el Presidente de la República la atribución de in-/ dultar, le pone como único límite a su actuación; la existencia de una/ causa de jurisdicción federal y el informe del Tribunal correspondiente. Ambos extremos se han cumplimentado en autos no surgiendo del texto y / fuentes de la norma constitucional, el requisito de que tal causa esté/ concluida.

Que en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación / in re "IBAÑEZ, José y otros" (FALLOS: 136:244 y 263), sostuvo que para/ la procedencia del ejercicio de la facultad de indultar, la Constitu-// ción requiere que exista causa abierta contra el delincuente, ella no / exige que dicha causa haya alcanzado necesariamente hasta determinado / límite del procedimiento, o sea, al de la sentencia ejecutoria, pues es/ to no es indispensable para que sea posible determinar las circunstan-// cias del hecho delictuoso y del procesado sobre los que ha de recaer / el informe. Asimismo, afirmó que al referirse la Constitución a "las pe-nas por delitos sujetos a la jurisdicción federal" no hace distinción / alguna entre las penas que establezca la ley y las que apliquen los Tri-  
bunales en sus fallos (en igual sentido ver: dictámenes de los Procura-  
dores Generales de la Corte Suprema, Dres. Eduardo Costa citado por Jo-  
sé Nicolás Matienzo en FALLOS: 136:253; Pablo A. Ramella en "Derecho //  
Constitucional", pág. 559, Ed. Depalma 1982; Rafael Bielsa "Derecho Ad-  
ministrativo" Ed. 1947, T. I, pág. 199/200; José Luis Lazzarini, "Indul-

O F I C I A L  
U S O  
U

///

DE AFD

///to Presidencial durante el proceso", en La Ley del 6 de setiembre de 1989; Eugenio Raúl Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal - Parte General", T. V., pág. 46/9, Ed. Ediar 1983; Tomás Jofré, "Manual de Procedimientos", 5ta. Edición, T. 2, pág. 62; Leonidas Anastasi en J.A., T. I, pág. 94; Roberto García Martínez, "El Indulto, Facultad Constitucional" en J.A. 1959-V pág. 255/260; Sentencias de C.C.C. in re "Magdalena" en J.A., T. I, pág. 94; Cámara Federal Bahía Blanca, in re "Forteza", en J.A. T. 1959, pág. 254).

Que además, el argumento del art. 68 del Cód. Penal que se esgrime en contra del criterio enunciado, cuando dispone que el "indulto / del reo extinguirá la pena y sus efectos...", no tiene entidad suficiente desde que si bien es cierto que ello importa la posibilidad de que tal instituto se aplique a una causa terminada, también lo es, por otra parte, que desde 1888, la tradición jurídica concordante con el texto constitucional, fue receptada en el Código de Procedimientos en Materia Penal, cuando en su art. 443 inc. 5º vigente, prevé durante el proceso / y como artículo de previo y especial pronunciamiento, entre otras, el / indulto, lo que descarta toda interpretación restrictiva al encontrarse aludido en forma expresa. En igual sentido lo previese por el art. 347/ del Cód. de Justicia Militar avala dicha tesis. Ambos Códigos, el de fondo como el ritual, son leyes sancionadas por el Honorable Congreso / de la Nación, que prescriben en el ámbito de sus materias, la actuación del indulto dentro de los límites constitucionales señalados supra, y / cuya interpretación debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las ////

///



ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

///otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (FALLOS: 289:185; 285:322; 288:416).

Que asimismo es necesario recordar desde otro lado, que este / fué el criterio reiterado por el comportamiento institucional del Poder Ejecutivo en indultos a procesados ordenados por diversos Presidentes / de la Nación con la conformidad de las partes y el asentimiento de los/ Jueces, a saber: 1) Juan Domingo Perón, en Decretos 1 del 2/1/1951, y / 8878 del 16/9/1952 (a Ricardo Balbín y comerciantes, respectivamente) / en ADLA XI-A-249 y XII-A-667; 2) Pedro Eugenio Aramburu, en Decretos // 15.401 del 22/11/1957, 15.622 del 27/11/1957 y 17.131 del 27/12/1957 (a ex-legisladores y personal militar, respectivamente) en ADLA XVII-A-959 y XVIII-A-437; 3) Arturo Frondizi, en Decretos 863 del 3/6/1958 y 8554/ del 19/7/1959 (a personal movilizado y procesados varios, respectivamen te, en ADLA XVIII-A-1099 y XIX-A-858; 4) Arturo Humberto Illia en Decreto 1742 del 30/12/1963 (a procesados por delitos políticos), en ADLA // XXIV-A-175. Es de advertir que los decretos aludidos expresan como fundamento axiológico la necesidad de la pacificación nacional, como uno / de los fines preambulares que da razón de ser a la organización Constitucional de la República.

Que como una reflexión final en este denso y arduo proceso, se/ estima conveniente formular algunas precisiones que dejen en claro la / actividad cumplida por esta Cámara, la que se puede sintetizar de la ma nera siguiente:

1. Que estos juicios, como los ventilados en otras Cámaras Federales del país -a diferencia de los fallados por la Cámara en lo Criminal Federal de la Capital- fueron de modo especial en este Tribunal in-

///



///fluídos en sus desarrollos, no sólo por la numerosa cantidad de causas, imputados y hechos a investigar, sino también, entre otras razones, por la aplicación de las leyes sancionadas por el Honorable Congreso de la Nación Nros.: 23.492 y 23.521, llamadas de "punto final" y de "obediencia debida", respectivamente; porque a las causas originarias le // fueron incorporadas por Resolución de la Corte Suprema de Justicia de / la Nación, la totalidad de las que se tramitaban ante las Cámaras Federales de Mendoza y de Tucumán, lo que implicó acrecentar las tareas respecto de aproximadamente 582 nuevas causas que comprendían 18 imputados y por los numerosos recursos planteados en diversas oportunidades por / defensores y particulares damnificados, con los tiempos y términos procesales que insumieron su tramitación, tanto ante esta Cámara como ante el más Alto Tribunal de la Nación.

2. Que en este sentido, particularmente cabe recordar: a) que / con fecha 9 de febrero de 1987, el Tribunal se avocó definitivamente al conocimiento de esta causa, en la que se integran por acumulación, varias que estaban en tramitación en la "Querella c/ el Gral. Luciano Benjamín Menéndez" (Expte. 4-Q-87), con otras que fueron requeridas al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas por Acuerdo nº 2/87 del 16/1/87 y / que se agrupaban en "Conadep - La Perla" (Expte. 23-C-86) y en "Conadep - Campo de la Rivera" (Expte. 24-C-87), desglosándose la causa "Fermín / & Denuncia" (Expte. 1-R-87); b) que en virtud de los dispuesto por la / ley 23.492 sancionada el 24 de diciembre de 1986, se debió suspender la feria judicial de enero de 1987, a fin de realizar la perentoria y densa tramitación procesal que su inmediata aplicación exigía, de todo lo/ cual resultó que el 19 de febrero se resolvió citar a indagatoria a nu-

///



ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

///merosos imputados y la concreción durante este tiempo, de medidas // instructorias de relevancia; c) que con motivo de la sanción de la Ley/ 23.521 (4 de junio de 1987), el Tribunal se pronunció sobre la situación procesal de numerosos imputados, tanto para mantenerlos -tal el caso de los Generales Luciano Benjamín Menéndez, Juan Sassiain, Arturo // Gumesindo Centeno y Cnel. César Emilio Anadón- como para excluirlos del proceso, lo que a su vez originó diversos recursos de apelación, cuya / tramitación provocó el requerimiento a la Cámara por parte de la Corte/ Suprema de Justicia y con fecha 23 de setiembre de 1987, de la remisión de todos los cuerpos de actuación, los que fueron devueltos el 1º de ju- nio de 1988, lapso de más de nueve meses durante el cual debió suspen-// derse la instrucción que fue reanudada el 1º de agosto de 1988; d) que/ el 16 de setiembre del citado año, se acumulan al proceso cuatro causas provenientes de la Cámara Federal de Mendoza y ordenaba la clausura de/ la instrucción sumarial, se cita al Fiscal y al Defensor para la audiencia del 21 de octubre a fin de señalar los hechos de posible acusación/ y oponer excepciones, respectivamente. Por el volumen y complejidad de/ la causa, a solicitud de las partes se fija nueva fecha del 22 de no-// viembre para el señor Fiscal y del 21 de diciembre para el señor Defen- sor Oficial, fecha en la cual ésta plantea la excepción y habiendo in- terpuesto el señor Defensor Oficial recurso extraordinario, la Corte Su- prema de Justicia confirmó el rechazo con fecha 12 de mayo de 1989; e)/ integrado el Tribunal con el señor Juez doctor Rodríguez Villafañe el / 24 de mayo próximo pasado, el 14 de junio se fija el plazo de 20 días / para que las partes (Fiscal y Defensor) y los particulares damnificados

///

APPEL  
D

///ofrezcan o indiquen las pruebas a su favor; a solicitud de las partes se concede una breve prórroga, luego de lo cual, se fijó la audiencia para la vista de la causa, para el día 25 de octubre próximo pasado. Con motivo de la sanción del decreto 1002/89, del 6/10/89, por unanimidad se dispuso la libertad de Luciano Benjamín Menéndez, sin observaciones ni reservas de ningún tipo (fs.5187); f) a esta reseña cronológica de la tramitación de la causa, debe agregarse que a partir del 12 de abril de 1987 se radicaron en el Tribunal 49 causas con cuatro imputados originadas en la Cámara Federal de Mendoza y también 533 causas con 15 imputados a partir del 26 de junio de 1987, provenientes de la Cámara Federal de Tucumán, con motivo del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la cuestión de competencia planteada.

Que por último, la presentación de fs.5154/5 en la que la apoderada de los particulares damnificados, solicita se defina su participación dentro del debate, como bien lo señala el Ministerio Fiscal precedentemente, deviene en cuestión abstracta frente al indulto dictado / por el Poder Ejecutivo Nacional.

Por lo expuesto y dictamen fiscal concordante;

**SE RESUELVE:**

1.- Desestimar "in limine" los planteamientos efectuados por // los apoderados de los particulares damnificados obrantes a fs.5192/5200 y 5202/5234 por no revestir en el proceso el carácter de partes.

2.- Declarar extinguida por indulto la acción penal y en consecuencia sobreseer definitivamente la presente causa en favor del Gral./ de Div.(R) Luciano Benjamín Menéndez (arts.443 inc.5º del Cód.de Proc./

///



ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

///en Materia Penal de la Nación y 347 del C.J.M.).

3.- Declarar que la presentación de fs.5154/5 deviene en cuestión abstracta. Regístrese y hágase saber.

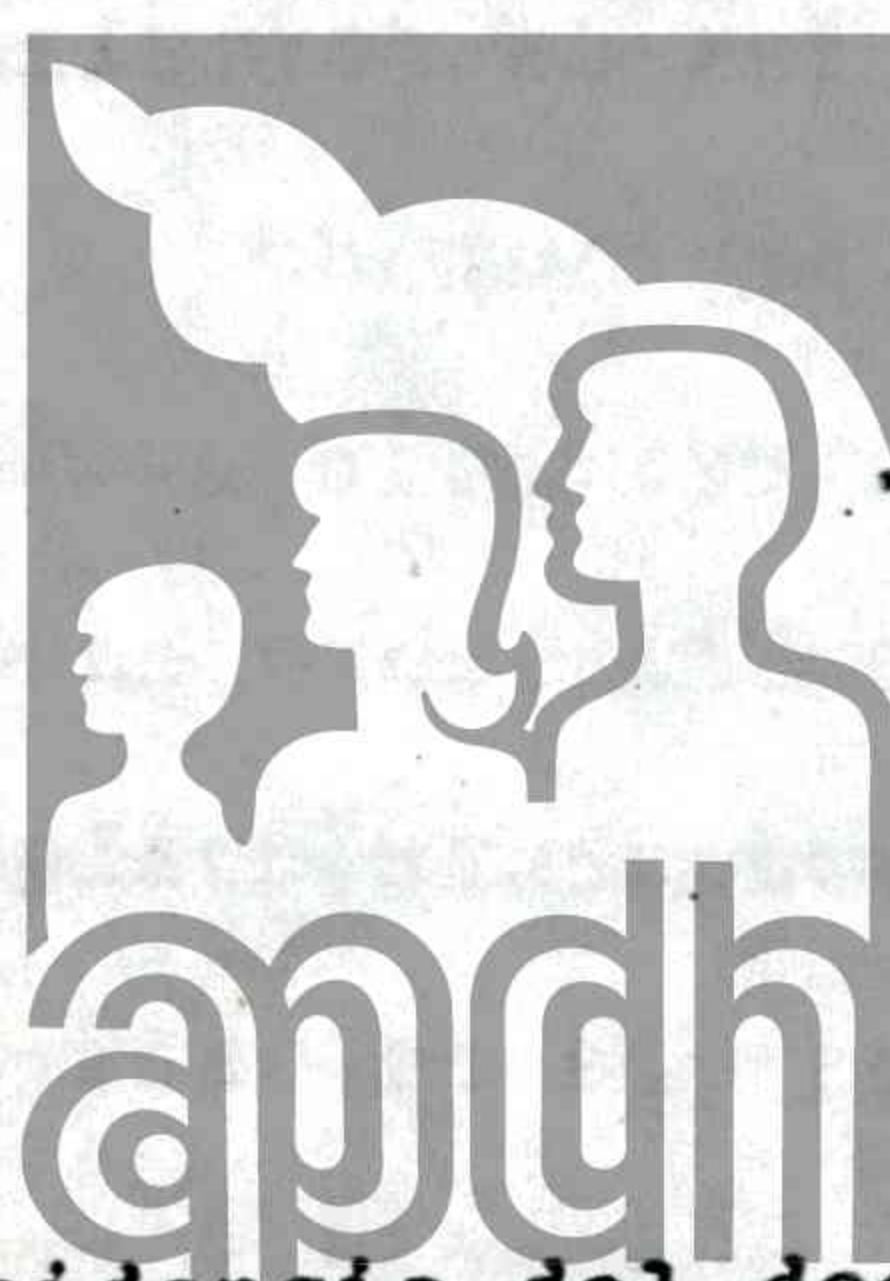
JOSE MARIA ALIAGA

RICARDO HARO

JOSE ANTONIO GAMOND

RAUL A. SANCHEZ FREYTES

MIGUEL J. RODRIGUEZ VILLAFañE (En disidencia)



Asamblea  
Permanente  
por los  
Derechos  
Humanos

Voto en disidencia del doctor Miguel Julio Rodríguez Villafañe

Y VISTOS:

El sobreseimiento definitivo deducido a fs.5157 por el señor / Defensor Oficial en favor del imputado Gral.de División (R) Luciano Benjamín Menéndez, aduciendo que el mismo corresponde a tenor de lo dispuesto por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1002/89 (B.O.10/10/89), en virtud del cual se indultó al nombrado.

Que corrida vista de tal presentación al señor Fiscal de Cámara, el Ministerio Público considera que cabe sobreseer definitivamente/ al imputado en la presente causa, en razón de estimar que el indulto es

///

OFICIAL  
USO



//pertinente a tales efectos (fs.5189/91).

Que a fs.5192/200 y 5202/234, obran las presentaciones de los apoderados de los particulares damnificados, quienes solicitan se declare la inconstitucionalidad del Dto.de indulto 1002/89.

Corrida vista al Ministerio Fiscal de estas presentaciones, el Fiscal Titular y el Adjunto, se expiden solicitando se desestimen "in limine" los planteos de los querellantes, por entender que los presentes no tienen carácter de parte en el proceso (fs.5235/36).

Y CONSIDERANDO:

I.- Que el primer planteo a dilucidar radica en determinar si los particulares querellantes están en condiciones de formular planteos de inconstitucionalidad del Dto.de indulto mencionado.

Al respecto, con independencia del criterio que pudiera tener el suscripto, quien recientemente integra la Cámara subrogando a un miembro de ésta que se jubiló, se vuelve intrascendente cualquier decisión en tal sentido, a tenor de las resoluciones que en este aspecto dictara el Tribunal desde el año 1985 -que se encuentran firmes- y en virtud de las cuales. se consideró que los querellantes no revisten el carácter de parte en el proceso propio de la Justicia Militar (ver enumeración de las Resoluciones que deciden lo expresado en el voto de la mayoría).

II.- Lo expuesto, no obsta al análisis que debe hacer el Poder Judicial, de la adecuación constitucional de las normas que tiene que aplicar en la causa. En este caso, el Dto.1002/89, en el que funda el defensor la petición del sobreseimiento definitivo, por mediar indulto, para el imputado, Gral.de Div.(R) Luciano Benjamín Menéndez.

///

ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

/// III. Que la causa en análisis se encuentra en etapa de proceso (estaba prevista la audiencia de vista de causa para el 25/10/89), razón por la cual, en la misma, obviamente, aún no se ha dictado sentencia. Sentencia que, por otra parte, debió dictarse sin dilaciones, en ley y justicia y que, por el tiempo que lleva la sustanciación de la causa, sin definirse, es necesario reconocer y asumir ante la sociedad, la dosis de responsabilidad que le cupo al Poder Judicial en la demora.

IV. Que el señor Presidente de la República Argentina, sosteniendo ejercer las atribuciones que le confiere el art. 86 inc. 6º de la Constitución Nacional, entendió que cabía indultar a "quienes se encuentran sujetos a proceso". Todo ello, en aras de una intencionalidad de pacificación y reconciliación, que, si bien no se ponen en duda, es obligación de los jueces meritariamente del principio preambular de afianzar la justicia, desde la Constitución integralmente analizada, y desde las áreas propias de las facultades y atribuciones de cada uno de los poderes que integran el gobierno nacional.

V. La doctrina, es prácticamente unánime, al sostener, como lo hace Juan A. GONZALEZ CALDERON, que la Constitución Argentina "sólo autoriza al Presidente de la Nación indultar o commutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal. Esto demuestra, claro está, que es preciso que haya un delincuente y una pena impuesta por el tribunal. No es posible, pues, sostener que el presidente pueda paralizar la acción de la justicia contra un procesado, como sucede en Estados Unidos segun la jurisprudencia, porque nuestra Constitución dice claramente que podrá aquél indultar o commutar penas por delitos, etc., y no

///



///existe pena sino cuando existe sentencia judicial definitiva y firme. En ésto nuestra Constitución es lógica y consecuente consigo misma, por cuanto ella establece categóricamente que 'en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas' (art. 95). No contiene la Constitución estadounidense nada parecido a este precepto / intergiversable, del cual surge, como se ve, un argumento poderoso en / abono de nuestra tesis. El Ejecutivo se arrogaría el conocimiento de // 'causas pendientes' si intentara perdonar a un procesado, sacándolo de/ manos de sus jueces para cubrirlo con algo así como un bill de indemnidad... . La facultad de que nos ocupamos por consiguiente, no puede ser ejercida sino después de haber quedado concluida una causa criminal, en cuya virtud se haya inflingido una pena por delito imputado y probado./ Al revés de lo que acontece con la 'amnistía' la cual comprende la extinción de la acción y de la pena, e impide la iniciación del juicio, / si es anterior al proceso, o suspende éste último en cualquier estado en que se encuentre, o sus efectos, el indulto, en cambio, sólo puede ser/ ejercido después de la sentencia" (Derecho Constitucional Argentino", / Tomo III, pág. 361/2, Ed. Lajouane, 1923. En igual sentido ver: Germán/ BIDART CAMPOS, "El Derecho Constitucional del Poder", T.II, pág. 126, / Ed. Ediar; Segundo V. LINARES QUINTANA, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", T. IX, pág. 358, Ed. Alfa; Joaquín V. GONZALEZ /// "Manual de la Constitución Argentina 1853-1860", pág. 540/7; Elio Juan/ ZARINI, "Análisis de la Constitución Nacional", pág. 340/3, Ed. Astrea; Enrique MARTINEZ PAZ (h), "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias

///

ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

// Sociales de Córdoba" Año II Nº 4 pág.127-set.1938; César Enrique RO-/  
MERO "Derecho Constitucional", T.II Ed.Zavalía, pag.243/244; Humberto //  
QUIROGA LAVIE, "Derecho Constitucional", pág.712/714, Ed.Coop.de Dere-/  
cho y Ciencias Sociales; Miguel Angel MONTES DE OCA, "Derecho Constitu-/  
cional", T.II, págs.344/349, Ed.Jesús Menéndez; Pablo A. RAMELLA "Dere-  
cho Constitucional de la Constitución de 1949", pág.618/620; Daniel AN-  
TOKOLETZ, "Elementos del Derecho Constitucional y Administrativo Argen-  
tinos", pág.168/170 ed.La Facultad, 1926; C.A.NOVARO (h) y H.F.HRON-//  
CICH, "Derecho Constitucional Argentino y Comparado", pág.335/337, Ed./  
Restoy y Doestí).

VI.- La postura de la doctrina argentina, tuvo su primera mani-  
festación jurisprudencial en la causa "Simón Luengo y otros -por rebe-//  
lión" que se tramitó por ante el Juzgado Federal Nº 1 en el año 1867-68  
Tribunal del cual es titular el suscripto, y que obra en nuestros archi-  
vos; en ella, se sostuvo con acierto que la facultad presidencial "de-/  
be seguir al juzgamiento en el que se ha de calificar, primero el deli-  
to, y se ha de designar el delincuente y la pena; pues, de otro modo, /  
no podría indultarse en el sentido de la Constitución y previo informe/  
judicial, a quien no es declarado culpable, o commutarse penas que no /  
son conocidas ni han sido pronunciadas por la única autoridad a que es-  
tá reservada esta función" (Fallos 6:227). En igual sentido causa "Hi-/  
pólito Irigoyen" (pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de /  
la Nación Fallos:165:199) y otros.

El precedente "Ibañez José y otro por hurto" (Fallo:136:258),/  
mencionado en el Dto. en cuestión (Nº 1002/89), como abonando la tesis /

/++

SACAEI

//adoptada por el Poder Ejecutivo, no fue más que una excepción a la abrumadora postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia en el tema. Fué una decisión de la Corte Suprema resuelta por tres votos a favor y dos votos en contra. La Corte misma volvió al criterio adecuado, poco tiempo después en el mencionado caso "Irigoyen", en pronunciamiento del 15-7-32. Asimismo, cabe señalar, que aún en el precedente erróneo ("Ibañez") había una sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, lo que presupuso la existencia de una pena individualizada por un delito imputado y probado judicialmente, aún cuando el pronunciamiento no se encontraba firme por estar apelado, cuando devino el indulto.

VII.- Que en coherencia con la postura señalada, el Código Penal, en su art.68 establece expresamente que "el indulto del reo extinguirá la pena"; en igual sentido el Código de Justicia Militar en su art.612 determina que "el indulto remite la pena a que el reo hubiera sido condenado y extingue sus efectos". En consecuencia, en ambos Códigos de fondo queda claro, sin ninguna duda, que es necesaria una pena para que proceda el indulto. Así la doctrina lo ha dejado sentado al señalar entre otros: Sebastián SOLER que, "el indulto es un perdón y extingue la pena; presupone en consecuencia, una sentencia condenatoria firme", ("Derecho Penal Argentino" - T.II, pág.508/10 ed.Tea). A lo que podemos agregar, de conformidad como lo sostuvo el dictamen de la Comisión Legislativa sobre el art.68 del Proyecto de 1917, fuente del art. de igual numeración del actual Código Penal , la regla expresada, "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 ter

///



ES FOTOCOPIA

Poder Judicial de la Nación

//mina el proceso". (Exposición de motivos de 1917, pág.98. En igual / sentido Ricardo NUÑEZ, "Derecho Penal Argentino", T.II-Parte general, / pág.536/40, ed.Omeba; Carlos J. LASCANO (h) "La amnistía en el derecho/ argentino" pág.38, ed.Lerner; Carlos VAZQUEZ YRUZUBIETA, "Código Penal/ Comentado", pág.329, ed.Plus Ultra; Carlos J. RUBIANES, "El Código Pe-/ nal y su interpretación jurisprudencial", pág.403 ed.Depalma; "Diccio-/ nario Jurídico Omeba", Voz "Indulto", por Ricardo F. RAFFAINI, pág.589/ 617; Raúl GOLDSTEIN "Diccionario de Derecho Penal y Criminología" pág./ 425/6, ed.Astrea; Octavio GONZALEZ ROURA, "Derecho Penal", Tomo II, pag. 300, ed.Abeledo; Rodolfo MORENO (h), "El Código Penal y sus antecedentes", tomo III, pág.206/224; Eusebio GOMEZ, "Tratado de Derecho Penal", pág.687, Cia.Argentina de Editores; Carlos FONTAN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, pág.436/7, ed.Abeledo Perrot; Mario ODERIGO / "Código Penal Anotado, pág.91, ed.Depalma; Rodolfo RIVAROLA, "Derecho / Penal Argentino", pág.614; Roberto TERAN LOMAS, "Derecho Penal-Parte // General-", Tomo II, pág.441; Jorge DE LA RUA, "Código Penal Argentino", pág.839; Carlos CREUS, "Derecho Penal - Parte General-", pág.395; Car-/ los MALAGARRIGA, "Código Penal Argentino", Tomo I, pág.425, ed. Libre-/ ría Cervantes; y otros más).

VIII.- Lo expresado, el principio de supremacía constitucional y el orden de prelación de las leyes, establecido en el art.31 de la Constitución Nacional, deja sin sustento, lo afirmado por el voto de la mayoría que, no respetando los argumentos constitucionales y de los Códigos de fondo, sólo a tenor de la cláusula de forma receptada en el // Código de Procedimientos en materia penal, (art.443 inc.5º y en la par-

FEDERAL DE  
ARGENTINA

// te procedimental del Código de Justicia Militar (art.347 inc.4º), / funda su postura favorable a la procedencia del indulto de los procesados. Al respecto, los mismos procesalistas estiman que "parece excesivo admitir el indulto pendiente el proceso. Reducido a operar luego de la/ condena, solo actúa como excepción en cuanto impide que se prolongue la ejecución de la pena" (Francisco J. D'ALBORA, "Curso de Derecho Procesal Penal- El Juicio Plenario", pág.64, ed.Abeledo Perrot 1984). "Salvo el caso de aplicación de amnistía para un proceso en trámite, consideramos que, ni este instituto, ni el indulto, constituyen excepciones / en el sentido estricto" (SEYAHIAN-DARAY-RODRIGUEZ, "Código de Procedimientos en Materia Penal"-, Libro II-, pág.463. Ver en igual sentido / David E. DAYENOFF "Código de Procedimientos en Materia Penal y Leyes / Complementarias", pág.348, ed.A-Z.). De conformidad, Jorge CLARIA OLMEDO señala que "en cuanto al indulto y al perdón, incluidos expresamente // como excepción en los Códigos antiguos, debe recordarse que son causales para la extinción de la pena; presupone una sentencia condenatoria, vale decir una decisión sobre el fondo, por lo cual no se hace posible/ incluirlas entre las excepciones" ("Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, pág.574, llamada 243, ed.Ediar).

Que en consecuencia, el Dto.1002/89, no podría haber sido dictado para quien, como en este caso, no ha sido juzgado y sentenciado, / y tenérselo por válido constitucionalmente, sería permitir que se violara, a su vez, el art.95 de la Constitución Nacional que establece que, "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales o arrogarse el conocimiento de causas pendientes".

///



ES FOTOCOPIA

## Poder Judicial de la Nación

OFICIAL

OS  
U

// X.- Que a mayor abundamiento, y aún en la tesis que no comparo, favorable a la posibilidad de ejercer la facultad de indultar por parte del Poder Ejecutivo en cualquier estadio del proceso, el Dto.1002/89, tampoco se trata de un decreto de indulto propiamente dicho, toda vez que por definición el indulto es un acto individual para cada beneficiario y el decreto en cuestión, no merita la situación singular del imputado, sino que, por el contrario efectúa consideraciones generales, que abarcan a una gran cantidad de inculpados en diferentes causas, radicadas en distintos tribunales del país, todo lo que aparece como la forma propia de una amnistía y no de un indulto. En este aspecto, se advierte una violación encubierta del art.67 inc.17 de la Constitución Nacional, que otorga la facultad de conceder amnistías generales, solo al Poder Legislativo de la Nación.

XI.- A esta altura del análisis, atento a la falta de adecuación constitucional del decreto 1002/89, y dado lo especificado en el considerando I, queda por determinar la posibilidad de declarar su constitucionalidad de oficio. Adelanto desde ya mi postura favorable al ejercicio de dicha facultad por parte del Poder Judicial. En este sentido, tal como lo sostiene Néstor Pedro Sagües, "La doctrina que impide a la judicatura pronunciar por su propia iniciativa ('de oficio') la inconstitucionalidad de las normas -sin pedido de partes-, exemplifica una autolimitación o autorestricción a la atribución judicial de no aplicar las normas violatorias de la Constitución. Esa doctrina, no tiene pie en ningún artículo constitucional: fruto del derecho jurisprudencial, deriva del razonamiento de los jueces, antes que de imposición //

///

2EL  
14

// normativa alguna" ("Recurso extraordinario", Tomo I pág.113, ed.De-/  
palma. En igual sentido, ver Ricardo HARO, "El control de oficio de la/  
constitucionalidad" en "El Derecho", tomo 64, pág.641/651; Oscar H. VE-  
NICA, "Declaración de oficio de inconstitucionalidad de leyes o decre-/  
tos" en "La Ley" del 27/6/86; German BIDART CAMPOS "¿Hacia la declara-/  
ción de oficio de la inconstitucionalidad?" en "El Derecho" t.74, pág./  
385 y "Control de constitucionalidad de oficio", La Ley T.147 pág.294).  
En definitiva, como bien lo sostiene Carlos SANCHEZ VIAMONTE "no exis-/  
te ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer /  
término la Constitución Nacional" (en Enciclopedia Jurídica Omeba, T.//  
XVII, pág.197, voz "Juicio de amparo"). Cuanto más en este caso, en el/  
que a los argumentos enumerados, no pueden dejar de agregarse los pro-/  
pios de la teoría de los "poderes implícitos del Poder Judicial" que en  
este caso obligan al Juez a defender las prerrogativas propias de la /  
administración de justicia y que impiden, bajo pena de afectar la divi-  
sión de poderes, que por indulto se sustraiga de su ámbito a un proce-/  
sado, antes que se dicte y quede firme, la pertinente sentencia.

XII.- Por todo lo expuesto, cabe declarar la inconstituciona-/  
lidad del decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo Nacional en el caso y, en  
consecuencia, no hacer lugar al sobreseimiento definitivo de la causa /  
solicitado por el señor Defensor Oficial en favor del imputado, Gral. /  
de Div. (R) Luciano Benjamín Menéndez, debiéndose fijar nuevo día y ho-  
ra para la audiencia de vista de causa.

Por ello,

SE RESUELVE:

///



ES FOTOCOPIA

*Poder Judicial de la Nación*

// 1.- Desestimar los planteos formulados por los apoderados de /  
los particulares damnificados por no revestir, en el proceso, el carác-  
ter de parte.

2.- Declarar la inconstitucionalidad de oficio del Decreto ///  
1002/89, del Poder Ejecutivo Nacional, en lo referente al Gral.de Div./  
(R) Luciano Benjamín Menéndez, y en consecuencia no hacer lugar al so-/  
breseimiento solicitado por el sr.Defensor Oficial, debiendo fijarse //  
nuevo día y hora para la audiencia de vista de causa. Protocolícese y /  
hágase saber.-

OFICIAL  
USO

