

# **IDEOLOGÍAS POLÍTICAS E IDEOLOGÍAS JUDICIALES: REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA EN TORNO A LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD (ESTAMOS MUY TRANQUILOS ALLÍ [EN LA CORTE SUPREMA], PERO ES LA CALMA DEL CENTRO DE UNA TORMENTA, COMO TODOS SABEMOS<sup>1</sup>)**

**JORGE ALEJANDRO AMAYA<sup>2</sup>**

Sumario: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. EL CONTEXTO HISTÓRICO. II. LA FUNCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. III. LOS MODELOS “ACTITUDINAL” Y “ACTOR ESTRATÉGICO” EN LAS DECISIONES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: “ARANCIBIA CLAVEL”, “LARIZ IRIONDO”, “SIMÓN”, “DERECHO” Y “MAZZEO”. IV. LA DOCTRINA JUDICIAL EN TORNO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO INTERNO. V. LAS GARANTÍAS DE “COSA JUZGADA” Y *NE BIS IN IDEM* EN “MAZZEO”. VI. LAS DISIDENCIAS DE “MAZZEO”. VII. REFLEXIONES FINALES: LUCES Y SOMBRAS DE LAS IDEOLOGÍAS MAYORITARIAS.

## **I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. EL CONTEXTO HISTÓRICO.**

El dictado, a mediados del año 2007, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) de la sentencia *in re* “Julio L. Mazzeo”<sup>3</sup> trascendió oportunamente la cuestión de la revisión constitucional del indulto<sup>4</sup> concedido en su momento, por el ex Presidente argentino Carlos S. Menem, al General Santiago Omar Riveros<sup>5</sup>, acusado de delitos de lesa humanidad en el marco de la llamada popularmente “guerra sucia”<sup>6</sup> y se pronuncia en línea con sus precedentes inmediatos “Enrique L.

---

<sup>1</sup> "We are very quiet there, but is the quiet of a storm centre, as we all know", O.W. HOLMES: "Law and the Court" (alocución en una cena ofrecida por la Harvard Law School Association de New York, en febrero de 1913), recopilado en *Collected Legal Papers*, Harcourt Brace & Howe, New York, 1920, 00. 291/297, en p. 292. Cita traducida por el autor.

<sup>2</sup> Profesor Regular Adjunto de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Principal de la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Magistratura. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Vicerrector Institucional de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires. [jaamaya@jaamaya.com.ar](mailto:jaamaya@jaamaya.com.ar)

<sup>3</sup> MAZZEO Julio L. y otros, CSJN, 13 de julio de 2007.

<sup>4</sup> Conforme el artículo 99 inciso 5° de la Constitución de la Nación Argentina el titular del Poder Ejecutivo “Puede indultar o conmutar penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

<sup>5</sup> Decreto N° 1002/89 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros por los hechos imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

<sup>6</sup> Nos referimos a la situación que vivieron la República Argentina y muchos otros países de la región, principalmente durante la década del setenta del siglo XX, donde diversas organizaciones guerrilleras

Arancibia Clavel”<sup>7</sup>, “Jesús M. Lariz Iriondo”<sup>8</sup>, “Julio H. Simón”<sup>9</sup> y “René J. Derecho”<sup>10</sup>, sobre la interpretación que cabe dar a las normas constitucionales argentinas relativas a la jerarquía del Derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad federal y los resultados prácticos que tal jerarquía provoca sobre la efectividad y los alcances de las garantías constitucionales de los derechos humanos a la defensa, legalidad y debido proceso consagrados en el artículo 18 de la Constitución argentina<sup>11</sup>.

La línea argumental de la Corte Suprema argentina ha despertado adhesiones y críticas en la doctrina especializada, así como en los medios de comunicación social y en los distintos sectores de la sociedad nacional. Todos somos conscientes que fallos de tamaño trascendencia, los cuales abordan los procesos históricos más traumáticos que una sociedad puede enfrentar, encuentran siempre apoyos y detracciones. Pero más allá de esta situación previsible, un ejercicio reflexivo y profundo sobre los fundamentos jurídicos que encierran los razonamientos judiciales en temas de trascendencia histórica, lleva a preguntarnos sobre las motivaciones que han conducido a un tribunal a fallar de una u otra manera, considerando particularmente que estamos en presencia de sentencias “constitucionales” que abordan y enfrentan tensiones sobre los derechos, los principios y los valores que edifican el Estado de Derecho.

Distintas explicaciones se han intentado estructurar por parte de la doctrina interdisciplinaria comparada para evaluar el contenido y las motivaciones de la toma de

---

buscaron desestabilizar el gobierno constitucional del Presidente Juan D. Perón, sucedido a su muerte por su esposa María Estela Martínez, procurando tomar el poder para instalar un gobierno de signo “maoísta-stalista” (para utilizar la identificación ideológica de la época según los postulados de las distintas organizaciones subversivas ERP, FAR, Montoneros, etc.). Dicha situación y el caos reinante en el país sirvió de excusa para que las Fuerzas Armadas destituyeran el gobierno constitucional de María Estela e instalaran una feroz dictadura a la cual se le asignan haber producido la desaparición de 30.000 personas. Cabe destacar que la cifra nunca ha sido oficialmente constatada, pero ha quedado en el imaginario colectivo y en los discursos políticos a partir de cálculos formulados por organizaciones de derechos humanos; la única cifra oficial constatada fue de alrededor de 10.000 personas desaparecidas, según la información recabada por la CONADEP (Comisión Nacional de Desaparición de Personas) formada por iniciativa del gobierno del ex Presidente Raúl Alfonsín y presidida por el desaparecido escritor Ernesto Sábato.

<sup>7</sup> CSJN 24 de agosto de 2004.

<sup>8</sup> CSJN fallos 328:1268 (2005).

<sup>9</sup> CSJN 23 de diciembre de 2004.

<sup>10</sup> CSJN 11 de julio de 2007.

<sup>11</sup> Artículo 18 de la Constitución Argentina: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

decisiones judiciales<sup>12</sup>. ¿Responde la línea argumental seguida por el máximo Tribunal argentino expuesta en los fallos “Arancibia Clavel”, “Lariz Iriondo”, “Simón”, “Derecho” y “Mazzeo” a alguna de las teorías en boga?; ¿podemos encontrar aproximaciones convincentes entre los postulados de alguna de las doctrinas y los argumentos judiciales utilizados?; ¿la “ideología” del “Gobierno”<sup>13</sup> en temas de trascendencia social, política y jurídica, debe estar en sintonía con la “ideología” del Poder judicial?; esta supuesta sintonía entre los poderes del Estado ¿refleja el concepto norteamericano de *governance* referido a una de las funciones de la Corte Suprema de Justicia norteamericana y extensivo a la estructura constitucional argentina en razón de haber abrevado ésta en el modelo estadounidense?; ¿la identificación “ideología” del “Gobierno” y de la “Judicatura” en temas relevantes expuestos en un momento histórico por el poder político no deslucen el principio de independencia judicial? Concientes de que temas como el planteado en el presente trabajo despiertan posiciones efervescentes en todas las sociedades, no pretendemos, por consiguiente, encontrar respuestas ciertas a los interrogantes desplegados precedentemente, solo aspiramos a formular un aporte reflexivo al lector que contribuya a generar su propio juicio, a reafirmarlo o a modificarlo.

## **II. LA FUNCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.**

Es cierta la idea que la independencia judicial es una institución que surge con la revolución “gloriosa” inglesa, y que, por lo tanto, va indisolublemente ligada a la idea, propia del liberalismo, del control de los abusos del poder, de la protección de las minorías y de los derechos individuales<sup>14</sup>.

Sosteníamos poco tiempo atrás, en un trabajo en el cual revisábamos el control de constitucionalidad federal argentino<sup>15</sup>, que, según nuestro parecer, la CSJN no había podido mantener, en los últimos años, el mensaje de alta política judicial de ser vista por la mayor parte de la sociedad argentina como tribunal último de los derechos y garantías individuales, como depositaria de la “confianza pública”, y protectora de la “seguridad

---

<sup>12</sup> Ver, entre otras, las obras de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, editorial Trotta, 2ª ed. Madrid 1997; J.L. CASTILLO ALVA y M. LUJÁN TÚPEZ, *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, ARA Editores, 2006; M. SHAPIRO, *Law and Politics in the Supreme Court: Studies in Political Jurisprudence*, Glencoe, IL: Illinois Free Press, 1964; J.A. SEGAL y H.J. SPAETH, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge University Press, 2002; D. KAPISZEWSKI, “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2006.

<sup>13</sup> Obviamente nos referimos a los poderes políticos, es decir al ejecutivo y al legislativo.

<sup>14</sup> La creación del Juez John Marshall en el célebre caso del derecho norteamericano “Marbury vs. Madison”, por el cual dio origen al control de constitucionalidad en cabeza del poder judicial, se fundamentó justamente, entre otras razones, en la necesidad de proteger a las minorías frente al “gobierno” mayoritario.

<sup>15</sup> J.A. AMAYA, “Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad”, Editorial La Ley, Suplemento Aniversario por los 70 años de la editorial, Buenos Aires, noviembre de 2005.

jurídica” de la Nación, frente a los embates del “gobierno” manifestados esencialmente en situaciones, mas habituales que coyunturales, de “emergencia económica y política”<sup>16</sup>. Y así como en Estados Unidos un fallo encendió la Guerra Civil<sup>17</sup>, y otro fue causa de la renuncia de un Presidente<sup>18</sup>, también decisiones de la Corte argentina han cambiado el rumbo de los acontecimientos políticos del país. Es que las decisiones del alto Tribunal no están concentradas en el tecnicismo legal empleado sino en las políticas que fijan.

Por consiguiente, el modelo americano asigna al máximo Tribunal, cabeza del Poder Judicial, un universo mucho más vasto que el que ofrece su función como tribunal de justicia. Asomarse al comportamiento de la CSJN implica tomar contacto con una realidad polifacética que por su trascendencia merece una meditación detenida. No en vano ha dicho Freund que entender a la Corte es un asunto que obliga a los abogados a convertirse en filósofos<sup>19</sup>.

Como poder del Estado, la CSJN a través de sus fallos no sólo decide en el sentido judicial del término, sino que además gobierna, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno a través del ejercicio del control de constitucionalidad<sup>20</sup>. Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctrina, tanto en Argentina como en Estados Unidos, ha reconocido casi pacíficamente a la CSJN como una institución política. Es así que, mas allá de las funciones de la CSJN como último intérprete de la Constitución<sup>21</sup>, le ha permitido dar forma y contenido a las cláusulas constitucionales que requerían integración y convertirse a través de sus fallos en el más grande monumento del Derecho constitucional argentino<sup>22</sup>, del ejercicio del control de constitucionalidad en cuestiones de protección de derechos individuales y en cuestiones de carácter institucional, de interpretar la Constitución de modo tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva

---

<sup>16</sup> La llamada doctrina de la emergencia que justifica el incremento de facultades en el Poder Ejecutivo fue convalidada por la CSJN en la década del veinte del siglo XX en los casos “Avico c/ De la Pesa” y “Ercolano c/ Lanteri” y se instaló en el derecho argentino desde aquella época hasta la actualidad. A la fecha son muchas las leyes que declaran la emergencia en vastos sectores del sistema argentino reforzadas por la crisis económica financiera sucedida a fines de 2001.

<sup>17</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 Howard) 393 (1856), en el cual se discutía si un esclavo que había sido llevado por su amo a un territorio libre podía en mérito a dicha circunstancia reclamar por su libertad. La decisión del Tribunal en sentido adverso al esclavo precipitó el conflicto ya latente entre los estados sureños y la Confederación.

<sup>18</sup> *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974). Cuando un juez de distrito le ordena al Presidente Nixon que entregue las cintas grabadas en el edificio Watergate, aquel apela la decisión pero dice además que no entregará las cintas. Se le reclama a la Corte Suprema entonces que intervenga per saltum (certiorari before judgment) y al hacer lugar provoca la renuncia de Nixon.

<sup>19</sup> P.A. FREUND, *On Understanding the Supreme Court*, Greenwood Press, Connecticut, 1977, p. 7.

<sup>20</sup> Los Estados Unidos de Norteamérica y la República Argentina son los únicos dos países en el continente Americano que mantienen un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso puro, ya que en el resto rigen sistemas concentrados o mixtos.

<sup>21</sup> Posición asumida por el Alto Tribunal desde el fallo Benjamín Calvete, Fallos 1:340 (1864) en p. 348.

<sup>22</sup> J.R. VANOSSI, *Teoría Constitucional*, T. II, p. 97, Buenos Aires, Depalma, 1976.

armoniosamente<sup>23</sup>, de supremo custodio de las garantías constitucionales<sup>24</sup>, de creadora de derecho<sup>25</sup>, de detentadora, para algún sector de la doctrina, de facultades constituyentes<sup>26</sup>; en definitiva, es una permanente e inevitable creadora de políticas y esto ha sido uno de los motivos de cuestionamiento permanente a su legitimación para hacerlo<sup>27</sup>.

Asimismo, la CSJN ha ejercido invariablemente a lo largo de su historia una función que la Constitución no le asigna: la de guardiana del proceso político<sup>28</sup>. Aludimos aquí a que la CSJN ha entendido a la división de poderes no como un sistema de confrontación con el Poder ejecutivo, sino como un elemento de apoyo hacia aquél. Y esto ha sido una constante verificable a lo largo de toda su historia. En este sentido y como bien recuerda Bianchi<sup>29</sup> en Argentina ningún presidente se ha sustraído a la necesidad de colocar en la Corte Suprema a jueces identificados con su credo político, y la CSJN, como poder del Estado, está inmersa en la vida política de la nación<sup>30</sup>.

Oyhanarte<sup>31</sup>, quien navegó en su vida entre la política y el derecho, dejó expuesta esta situación crudamente al sostener que: "La militancia política en la medida en que sirvió para acreditar adhesión intelectual a la fórmula política dominante en cada etapa fue siempre tenida en cuenta y es natural y justo que así haya sido habida cuenta de las funciones de coparticipación política que incumben a la Corte Suprema"<sup>32</sup>.

El reciente caso "Mazzeo", el cual se inscribe en la traza de pensamiento que la CSJN viene abordando en los fallos ya citados en el punto anterior, no escapa a dicha postura, en razón que el alto Tribunal ha reafirmado un posicionamiento "ideológico" que lo alinea con los poderes políticos del "gobierno mayoritario", afectando peligrosamente las garantías constitucionales que edifican los principios de "legalidad" y "debido proceso" de

---

<sup>23</sup> Fallos 137:212; 181:343; 209:28; 286:301, La Ley, 11-106; 48-264; 152-210.

<sup>24</sup> Fallos 279:40 (1971); 297:338 (1977), La Ley, 142-157; 1977-B, 484.-

<sup>25</sup> Por ejemplo, la CSJN ha dicho tanto que el indulto puede ser otorgado a favor de procesados como que no puede serlo lo que resulta una muestra clara creación de normas jurídicas por vía judicial.

<sup>26</sup> A. B. BIANCHI, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, Editorial La Ley, 1997 B, p. 994.

<sup>27</sup> La CSJN eligió a través de sus fallos el modelo de control de constitucionalidad que ejercería de allí en más; dio carta blanca a las intervenciones federales al declararlas fuera de dicho control; fortificó la centralización del país al convalidar los gobiernos de *ipso*; otorgó autonomía a las municipalidades luego de setenta años ininterrumpidos de considerarlas autárquicas; penalizó, despenalizó y volvió a penalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, entre otras tantas cuestiones.

<sup>28</sup> Como se advierte no me estoy refiriendo a la doctrina norteamericana de la custodia del proceso político democrático desarrollada por John Ely como intento por justificar la legitimación de los jueces.

<sup>29</sup> Cita n° 26.

<sup>30</sup> Según un importante sector de la doctrina norteamericana en la mayoría de los casos los jueces de la Corte se han mantenido leales al Presidente que los designó. Así lo dice con toda claridad Laurence Tribe cuando describe lo que el denomina "el mito del Presidente sorprendido" señalando que los casos mencionados en este párrafo constituyen la excepción, no la regla. L. H. TRIBE, *God Save This Honorable Court-How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, Random House, New York, 1985, p. 50 y ss.

<sup>31</sup> Integró la CSJN en los años 1958 y 1990 bajo los gobiernos de los ex Presidentes Arturo Frondizi y Carlos Menem.

<sup>32</sup> J. OYHANARTE, "Historia del Poder Judicial", *Revista Todo es Historia*, n° 61, p. 94, mayo de 1972.

personas implicadas en crímenes calificados como de “lesa humanidad”. Trataremos de desarrollar esta visión a lo largo del trabajo.

Desde mediados del siglo XIX el concepto de mayorías y minorías en la democracia<sup>33</sup> ha venido dando un vuelco valorativo radical: la revalorización de las minorías. En la ciencia política estadounidense la expresión “democracia madisoniana” recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria<sup>34</sup>.

Madison en *El Federalista* había anticipado esta visión, al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría. En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la población contra las injusticias de la otra. Si una mayoría se une por obra de su interés común, los derechos de las minorías estarán en peligro. En su obra “La democracia en América”, al develar los rasgos de la naciente democracia, Alexis de Tocqueville previno, justamente, contra el ilimitado “poder moral de la mayoría sobre el pensamiento”, como el mayor peligro de este sistema de gobierno<sup>35</sup>: “el mayor peligro de las repúblicas americanas reside en la omnipotencia de la mayoría”<sup>36</sup>. En este contexto “democrático” los derechos constitucionales básicos o fundamentales (los derechos humanos en la terminología americana) poseen la característica de corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Es la garantía constitucional contra la regla de mayoría lo que les imprime fundamentalidad<sup>37</sup>. En ese sentido los derechos fundamentales son “cartas de triunfo” en el juego de las razones jurídicas, son como el as de la baraja<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> J. A. AMAYA, “De mayorías y minorías en la democracia”, *Debates y Ensayos*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2006.

<sup>34</sup> R.A. DAHL, *A Preface To The Democratic Theory*, Chicago, The University Chicago Press, 1956, p. 4. Explica así la referida expresión: “What I am going to call Madisonian theory of democracy is an effort to bring off a compromise between the power of majorities and the power of the minorities”. La democracia madisoniana se opone a la “democracia mayoritaria”, según James Fishkin, ídem, *Democracia y deliberación*, ed. Ariel, Barcelona, 1995, p. 75.

<sup>35</sup> A. TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, ed. Alianza, Madrid, 1980, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo VII, p. 239.

<sup>36</sup> Obra citada en nota anterior, p. 244.

<sup>37</sup> Esta señal particular antimayoritaria de los derechos fundamentales se arraiga en la idea kantiana de que, al ser la persona humana un fin en sí misma (y no sólo un medio), ésta no puede ser sacrificada a favor de los demás. Tal concepción fue revivida en 1971 por John Rawls en su Teoría de la justicia, en la cual se lee: “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente;

La CSJN, máximo Tribunal de justicia de Argentina y cabeza del Poder Judicial de la nación (artículo 108 Constitución Federal Argentina) constituye, en la trilogía de poderes diseñada por la Constitución norteamericana de 1787<sup>39</sup>, sus antecedentes ideológicos<sup>40</sup> y la doctrina del *Chief* John Marshall en “*Marbury vs. Madison*” (1803)<sup>41</sup>, un órgano que, excediendo su función de administrar justicia, cogobierna (conjuntamente con los poderes políticos electivos) a través de sus sentencias, actuando, desde la perspectiva institucional, como garante del proceso democrático.

Es que la capacidad de declarar la validez o invalidez de las normas que integran un sistema jurídico por ser contrarias a la norma básica<sup>42</sup> o de referencia<sup>43</sup> (Constitución) deposita en el Poder judicial un carácter “contramayoritario” de control y equilibrio de dicho proceso democrático, a través de su misión de inclinarse por el fortalecimiento de los derechos y principios constitucionales, los cuales procuran encorsetar el riesgo que, para tales derechos, constituyen las pasiones o el pensamiento mayoritario temporal. Según el razonamiento de Marshall dejar el control de la Constitución en manos de los poderes políticos sería extremadamente riesgoso, ya que no podemos pretender que los órganos propiamente mayoritarios se preocupen por la defensa de las minorías<sup>44</sup>, siendo esta cuestión propia de la función judicial<sup>45</sup>.

---

los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales”, ídem, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1985, pp. 19 y 20).

<sup>38</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona, 1982, p. 37.

<sup>39</sup> La clásica teoría de la división de los poderes es reformulada por el proceso constitucional norteamericano al situar al sistema de Administración de Justicia como un poder independiente y controlador de los poderes políticos del Estado. Esta situación y sus antecedentes históricos, filosóficos y normativos posibilitan – entre otras razones – el reconocimiento pacífico de la facultad enorme que implica el ejercicio del control de constitucionalidad en cabeza de cualquier integrante del Poder Judicial (control judicial difuso). Como bien dijo Alexis de Tocqueville “Cuando, después de examinarse en detalle, la organización del Tribunal Supremo, se consideran en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso”.

<sup>40</sup> Nos referimos a los artículos de Madison, Hamilton y Jay, publicados en el compendio conocido como *El Federalista*, así como a los debates de la Constituyente de Filadelfia.

<sup>41</sup> “*Marbury vs. Madison*”, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803). J. MILLER, M. A. GELLY y S. CAYUSO, *Constitución y Poder Político*, Tomo I, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 5 y ss.

<sup>42</sup> Utilizando la terminología de Hans Kelsen.

<sup>43</sup> Utilizando la terminología de John Hart.

<sup>44</sup> Es interesante a los fines de estas reflexiones -es decir sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial y su misión de defensa de las minorías algunos conceptos vertidos por la Cámara Nacional Electoral en el reciente caso “Patti”. Dijo el Tribunal “Sin embargo, resulta indispensable advertir que ese carácter contramayoritario del Poder Judicial... es precisamente el que permite que los magistrados judiciales -ajenos a las mayorías coyunturales mutables- aseguren y preserven los derechos de las minorías frente a los potenciales excesos de las mayorías”. “En este entendimiento, las constituciones incluyeron distintos mecanismos -entre los que se inscribe la creación de un poder judicial de los denominados contramayoritarios- destinados a restringir en todo tiempo la capacidad de acción del poder de la mayoría en cuestiones que pudieran incidir negativamente en la conservación del proceso democrático, la protección de la

---

autonomía individual y los derechos de las minorías y la continuidad de la práctica constitucional” (considerando 22°). CNE, fallo 3741/2006.

<sup>45</sup> Este modelo de control judicial de constitucionalidad tuvo su origen en los Estados Unidos durante el siglo XVIII a partir de los conceptos desarrollados por los “padres fundadores” de la república americana, plasmados (aunque no expresamente) en la Constitución Federal de 1787 y posteriormente reafirmados y clarificados en 1803 en el famoso caso “Marbury v. Madison” donde el voto del juez Marshall fijó los extremos del control judicial de constitucionalidad. Una breve referencia de tiempo y lugar nos muestra una sociedad convulsionada por concretos intereses opuestos: acreedores y deudores. La lucha por la independencia en la cual se habían embarcado tanto ricos como pobres había dejado a este último sector seriamente comprometido. Por otra parte, los grandes comerciantes americanos eran presionados desde Inglaterra a través del corte de crédito y de la exigencia de cancelación de las deudas por medio del pago efectivo (sin aceptar criterios de trueque habituales en aquella época). Esta presión era trasladada por los comerciantes norteamericanos a su clase deudora local que, ante dicha situación, comenzó a organizar revueltas y a presionar a las legislaturas en búsqueda de soluciones concretas (como la exigencia de emisión monetaria) que aliviaran su comprometida situación y les evitara la prisión por incumplimiento de sus deudas. Sin ingresar en mayores detalles – que exceden los marcos de este trabajo - podemos recordar que en dicha época, especialmente en la denominada década crítica (1780-1790) se produjeron varios enfrentamientos entre el sector deudor (la gran mayoría de la sociedad) y los jueces, que derivó en un auténtico movimiento antijudicial y en una recepción -al menos parcial - de los reclamos de los deudores por parte de las legislaturas, las cuales fueron vistas -en razón de estas actitudes- por parte del sector privilegiado como peligrosos focos de desborde de poder por una parte y de legitimación de los planteos de la plebe por otra, ya que muchas asambleas comenzaron a sancionar leyes que contemplaban los intereses de los deudores. Por otra parte, una breve referencia a las ideas filosóficas imperantes en las mentes de los “fundadores” nos muestra la complacencia de los mismos con las ideas de algunos filósofos ingleses como Locke y Hobbes. El primero sustentaba la afirmación de la existencia de “verdades primarias” que no podían ser descubiertas por el pueblo y que solo estaban reservadas a un reducido grupo selecto. Esta teoría elaborada por Locke en base a los derechos naturales, fue proyectada por los “fundadores” hacia el esquema político en términos que podemos sintetizar de la siguiente manera: existen intereses fundamentales de una nación que solo pueden ser percibidos por un pequeño grupo. Para algunos doctrinarios americanos Hobbes también tuvo gran influencia sobre los gestores de la constitución de Filadelfia. El concepto de egoísmo y desconfianza como motor y característica de la raza humana que pregonaba este autor estuvo presente en las ideas y las palabras de muchos de los convencionales. Uno de los autores más influyentes de aquella época, -Madison, sostenía al denostar a las “facciones” como causa de opresión y división de los hombres en desmedro del bien común “...las causas latentes de la división en facciones tienen su origen en la naturaleza del hombre...”. En este contexto histórico y filosófico parece natural y lógica consecuencia el concepto cualitativo en la determinación de los responsables de la toma de decisiones y el éxito de una teoría de control constitucional asignada a un grupo reducido de personas ilustradas. Unos “pocos” que por sus características personales (especialmente preparados) y las funcionales que la división de poderes como característica del republicanismo americano les confería (aislamiento, estabilidad, independencia) estaban capacitados para acceder a las “verdades primarias” y no sujetos, inmersos o tentados por las luchas políticas de las facciones. El federalista LXXVIII (Hamilton) constituye una lúcida defensa del porqué el control de la supremacía constitucional debe estar en manos del poder judicial, el cual tiene la obligación de declarar nulo todo acto legislativo que se oponga a la constitución, ya que la norma fundamental constituye la voz originaria del pueblo y mal podrían los legisladores - como mandatarios del pueblo – aspirar a superar la voluntad de su mandante. Los fundamentos de la teoría conservadora tuvieron consagración y perfeccionamiento jurisprudencial por medio del voto de Marshall en “Marbury” sin perjuicio de señalar la existencia de antecedentes judiciales previos como “Vanhorne’s Lessee v. Dorrande” y “Hylton v. Estados Unidos”.

### **III. LOS MODELOS “ACTITUDINAL” Y “ACTOR ESTRATÉGICO” EN LAS DECISIONES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA: “ARANCIBIA CLAVEL”, “LARIZ IRIONDO”, “SIMÓN”, “DERECHO” Y “MAZZEO”.**

La asunción de los poderes políticos elegidos para conducir la República Argentina en mayo del año 2003, encabezados por el titular del Poder ejecutivo nacional, el ex Presidente Néstor Kirchner, enarbó como principio político prioritario perseguir durante su gobierno la renovación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sospechada de haber estado alineada incondicionalmente con la política del ex Presidente Menem<sup>46</sup> e impedir la impunidad, a su criterio latente<sup>47</sup>, de todos los responsables de la llamada “guerra sucia”, a través de la persecución y castigo de los autores mediatos e inmediatos del mal llamado terrorismo de Estado<sup>48</sup>.

Bajo esta línea de pensamiento político marcada por el Poder ejecutivo, rechazada por parcial por parte de un importante sector de la sociedad argentina, por considerarla identificada implícitamente con los sectores subversivos que contribuyeron decisivamente al baño de sangre que vivió el país entre 1970 y 1980<sup>49</sup>, se alineó el otro poder político del Estado, el legislativo, el cual, en un acto sin precedentes y contrariando los más elementales principios constitucionales dispuso la “anulación” de las leyes llamadas de “Obediencia debida” y “Punto final”, dictadas en 1986 y 1987, por otro gobierno constitucional, excediendo las facultades del legislativo y desconociendo la legitimidad soberana de aquella composición del Congreso, generando de esta manera un golpe mortal a la seguridad

---

<sup>46</sup> Esta afirmación fue expuesta en un mensaje pronunciado por el Presidente de la Nación que fue emitido por la cadena nacional de medios de comunicación.

<sup>47</sup> Debe recordarse que la principal conducción del Gobierno militar asumido en 1976 el cual condujera tristemente los destinos de mi país hasta la recuperación de la democracia en 1983 fue juzgada por la Cámara Federal Criminal y Correccional -en un hecho sin precedentes en la historia mundial- y condenada a prisión perpetua.

<sup>48</sup> Resulta ocioso recordar las innumerables declaraciones públicas del ex Presidente en este sentido y el permanente hostigamiento a los órganos judiciales para que actuaran en dicha dirección. Sostenemos que mal puede llamarse terrorismo del Estado a los excesos cometidos por una conducción en un momento histórico determinado, ya que mal podemos afirmar que el Estado en sí mismo -cuya función natural es el bien común- pueda generar terrorismo.

<sup>49</sup> Muchas posiciones del ex Presidente Néstor Kirchner y de la política promovida por el ex mandatario podrían avalar dicho pensamiento. Entre otras, la designación de gran cantidad de ex miembros de organizaciones terroristas en puestos públicos; la promoción de leyes indemnizatorias para sus familias y no para las familias de miembros de las fuerzas armadas muertos en enfrentamientos con subversivos; el tratamiento de los integrantes de dichas organizaciones como “jóvenes idealistas de la década del 70”; la implementación de una política sistemática de reformulación de la historia argentina en la educación pública y en la vida cívica, omitiendo la responsabilidad que cupo a las organizaciones subversivas; así como la presencia permanente en los actos públicos al lado del ex Presidente de la conductora de la organización “Madres de Plaza de Mayo”, Sra. Hebe de Bonafini, quien postula públicamente ideas de apoyo a distintas organizaciones terroristas del mundo.

jurídica<sup>50</sup>. En forma paralela a esta política de derechos humanos, el ejecutivo y el legislativo promovieron los juicios políticos de la mayoría de los Ministros de la Corte Suprema de entonces, proceso que condujo a la renuncia de los Ministros López, Nazareno y Vázquez, y a la destitución por juicio político de los Ministros Moliné O' Connor y Boggiano, sumándose otra vacante en el Alto Tribunal con el retiro voluntario del Dr. Belluscio. El proceso de reforma judicial se incrementó con la modificación, inconstitucional a nuestro criterio, de la composición del Consejo de la Magistratura, que permitió que el equilibrio de su estructura se desplazara hacia el poder político. En este contexto histórico, jurídico y sociológico, asumieron cuatro de los actuales siete miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los Dres. Zafaroni, Argibay, Highton de Nolasco y Lorenzetti, que se sumaron al Dr. Maqueda, que si bien había sido designado bajo la Presidencia del ex Presidente Eduardo Duhalde, temporalmente podemos considerarlo inmerso bajo un similar contexto fáctico.

Evidentemente, la línea argumental seguida por los fallos paradigmáticos dictados por la CSJN en torno a la aplicación de la normativa internacional sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, iniciados con “Arancibia Clavel”<sup>51</sup> y “Simón”<sup>52</sup>, desanda el camino por ella misma recorrido en su composición anterior. Basta un solo ejemplo de esta afirmación: las sólidas reflexiones en el caso “Mazzeo” de las disidencias de los Dres. Argibay y Fayt en torno a la existencia de “cosa juzgada”.

Ahora bien, ¿como explicar las decisiones que ilustran la nueva tendencia de la Corte Suprema en la temática que nos ocupa marcando una importante diferencia con su composición anterior? Si bien es cierto que la CSJN en los fundamentos de sus fallos, en general, ofrece explicaciones lógicas que justifican ante el lector la toma de decisiones, indicando las motivaciones que posee para apartarse de sus precedentes, muchos expertos, en el análisis de fallos de tribunales superiores, dudan “que los fundamentos ofrecidos por las Cortes en sus fallos reflejen completa y fielmente las motivaciones que hay detrás de sus decisiones”<sup>53</sup>. Por otra parte, en opinión de algunos medios de comunicación (lo cual mas allá de la opinión del medio, refleja el sentimiento de un sector de la sociedad) el “objetivo político que persigue la nueva jurisprudencia de la Corte se alinea con el ideológico del Gobierno, al coincidir con las reiteradas manifestaciones de las mas altas autoridades de la Nación tendientes a dejar sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y punto final”<sup>54</sup>. Esta situación, nos conduce a intentar encontrar las razones que se hallan detrás de los argumentos jurídicos utilizados por la Corte Argentina para sustentar su

---

<sup>50</sup> J. VANOSI, *Obediencia debida y punto final*, ed. La Ley, año 2003-E, p. 1504.

<sup>51</sup> Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa n° 259”, 24/08/2004.

<sup>52</sup> Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. - Causa N° 17.768, 14/06/2005.

<sup>53</sup> D. KAPISZEWSKI, “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 2006.

<sup>54</sup> Editorial del diario “La Nación” del 8/09/05.

línea argumental. Es decir, las razones de ésta decisión judicial y no de otra, considerando que el tema no es baladí ni de fácil resolución. La búsqueda de respuestas nos lleva a considerar los llamados “modelo actitudinal” y “actor estratégico” propugnados por parte de la doctrina interdisciplinaria para evaluar el contenido y las motivaciones de la toma de las decisiones judiciales.

El primer modelo sugiere que los jueces toman decisiones en forma similar al resto de los actores políticos del sistema. Las consecuencias políticas de sus actitudes ideológicas inciden en como votan las causas. En este sentido, un giro importante en la jurisprudencia del alto tribunal revelaría los cambios “ideológicos” de sus componentes. Por su parte, el modelo “actor estratégico” “considera a los jueces como actores políticos que emiten fallos guiados por oportunidades y limitaciones del sistema político dentro del cual operan”. “En su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y chilena, desde la década del cuarenta hasta la década del noventa, Scribner establece que la predisposición de los jueces a cuestionar las decisiones adoptadas por la autoridad presidencial dependió en gran medida de la relación que los Ministros tenían con el Presidente (en términos de haber sido designados por él o no) y de la probabilidad de que los jueces pudieran enfrentar mayorías coherentes o represalias políticas”<sup>55</sup>.

Estas dos variantes podrían explicar, según nuestra visión, el cambio de rumbo de la Corte, respecto de sus precedentes, en el tema de fondo que nos ocupa. El “modelo actitudinal” estaría presente al haber advertido la Corte la conveniencia de asumir un posicionamiento ideológico cuyas consecuencias políticas incidirían en una notoria mejoría de su alicaída imagen ante la sociedad y en una armonía con los poderes políticos del gobierno alineados en la misma línea de pensamiento (apoyo de la sociedad y del gobierno) (superación de déficit de legitimidad).

Asimismo, el enfoque “actor estratégico” (propio de un Tribunal cuyo diseño institucional lo ubica en funciones de co-gobierno a través de la herramienta del control de constitucionalidad) justifica la postura jurídica asumida por la Corte en atención a la crisis institucional que arrastraba el país y a los antecedentes de embates, presiones y descrédito que los poderes políticos en su conducta (respecto de los integrantes del poder) venían desarrollando. Por último, y siguiendo el estudio de Scribener que hemos citado, no podemos descartar la predisposición de los jueces a identificarse con la política oficial de las mayorías, en atención a que todos los nuevos miembros habían sido nominados por el mismo Presidente.

---

<sup>55</sup> D. KAPISZEWSKI, cita 53, p. 7.

#### **IV. LA DOCTRINA JUDICIAL EN TORNO A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO INTERNO.**

Los argumentos vertidos por la Corte Suprema en “Arancibia Clavel”, “Lariz Iriondo”, “Simón” y “Derecho” reavivaron la discusión doctrinaria en torno a los alcances de la supremacía constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el Derecho interno, planteando, como cuestión de fondo, la interpretación que cabe dar a las normas constitucionales argentinas relativas a la jerarquía del Derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad y los resultados prácticos que tal jerarquía provoca sobre la efectividad y los alcances de las garantías constitucionales de los derechos humanos a la defensa, legalidad y debido proceso consagrados en el artículo 18 de la Constitución argentina.

En “Arancibia Clavel” consta el debate habido acerca del carácter o no de “delito de lesa humanidad” que tipificaría la conducta delictiva del imputado. Esta categoría no está contemplada en el Código Penal argentino, de modo que la CSJN acudió al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional donde se hallan definidos esta clase de delitos<sup>56</sup>. Así

---

<sup>56</sup> El art. 7 del Estatuto de Roma dice: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho

descripta la categoría es muy amplia pero en “R. Derecho” la CSJN adhiriendo al Dictamen del Procurador General la limita con bastante claridad al sostener las siguiente doctrina: a) el crimen debe afectar a todo el género humano; b) debe tratarse de actos de extrema crueldad; c) llevados a cabo como parte de un ataque generalizado, masivo o sistemático, esto es, a gran escala; d) dirigidos a una población civil; e) realizados de conformidad con una política de un Estado o de una organización; f) deben seguir un patrón regular; g) pueden involucrar recursos públicos o privados sustanciales; y h) si la fuerza que impulsa la política de terror y/o persecución no es la de un gobierno, deben provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él. Este último requisito no parecería derivarse de la definición que hace el Estatuto de Roma, sin perjuicio de lo cual la CSJN lo interpreta como elemento tipificante.

Se reconoce, sin embargo, que “al tiempo de los hechos” tal calificación no existía en “ningún texto convencional en vigencia” que obligase a Argentina; pero, en contrapartida, se afirma en él que “la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones (forzadas de personas) como un delito de lesa humanidad” y que la “ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ... solo ha significado ... la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal”. Se acepta, asimismo que la “Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa”, pero que, no obstante, en criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal convención “solo afirmaría la imprescriptibilidad, (como) reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) (con anterioridad) en función del Derecho internacional público de origen consuetudinario.

El fallo “Arancibia”, en sus últimos numerales, reafirma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cuyo tenor “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de derechos humanos”<sup>57</sup>. Tanto que el juzgador del caso

---

interno relativas al embarazo; g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

<sup>57</sup> CIDH, caso Barrios Altos, 14 de marzo de 2001.

previene en cuanto a que, de no haber decidido en los términos en que lo hizo, habría hecho incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional.

En el fallo “Simón” el imputado de crímenes de lesa humanidad, invocó lesión a las garantías de la ley penal mas benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*, dada la aplicación retroactiva que se hiciera, en su caso, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, eliminándose los beneficios de prescripción de la acción y de la pena.

Aquí, la Corte reafirma que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de donde se encontraría obligada a “prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos”, en lo sucesivo habría de tener lugar “una prohibición severa de todos aquellos institutos jurídicos de Derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos”. Admite la Corte en “Simón” que privándose a las leyes sobre amnistía de todos sus efectos, en razón de la declarada primacía constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos, la conclusión no puede ser otra que “producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal”, ya cumplida en muchos de los casos contenidos en las susodichas leyes de amnistía. En definitiva, la Corte Suprema hace suyo en “Simón” las premisas del caso Barrios Altos (CIDH) al declararse responsable al Estado peruano por hecho internacionalmente ilícito, estableciendo que no basta la supresión simbólica de las leyes de amnistía si no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal mas benigna.

No podemos obviar respecto de esta última afirmación de la CSJN la diferencia fáctica que se cierne entre el caso argentino y el peruano que motivara el fallo Barrios Altos. Efectivamente, el caso fallado por la CIDH que, según la CSJN de no aplicarse en su doctrina podría generar para el país responsabilidad internacional, tiene como marco jurídico los alcances de una ley de autoamnistía dictada en Perú por el régimen del ex Presidente Fujimori, o sea por el mismo régimen que había cometido violaciones masivas de derechos humanos. Esta situación difiere notoriamente del caso argentino, donde las leyes de “Obediencia debida” y “Punto final” fueron sancionadas por el Congreso de la Nación en el marco de un proceso posterior al que generó la violación de los derechos humanos, el cual incluso dispuso la promoción de juicios contra los responsables de tales violaciones cuyo punto culmine fue el juicio a las justas militares iniciado el 22 de abril de 1985<sup>58</sup>. Asimismo, en cuanto a la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, cabe también considerar libre de toda sospecha dada su

---

<sup>58</sup> P. MANILI, “Primeras reflexiones sobre el fallo Simón: una disidencia ajustada a derecho”, *La Ley* 2005-F, 15.

autoría, que Golschmidt, al opinar sobre el proyecto de Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad sostuvo que: “No obstante la fuerza de convicción que el principio posee por sí mismo y su inestimable valor moral, fuerza es reconocer que no goza de universal aceptación”<sup>59</sup>.

Mucho más tolerante ha sido la Corte argentina con el delito de terrorismo perpetrado por un miembro de la ETA. Se trataba de Jesús Lariz Iriondo, cuya extradición reclamó España con motivo de homicidios cometidos con explosivos. También, como en los otros casos, se cuestionó aquí si la acción penal estaba prescripta y el Tribunal, en contra de un fundado dictamen del Procurador, entendió que lo estaba. Para llegar a esta conclusión, en lugar de transitar por las ondulaciones del Derecho internacional, fue directamente al Derecho argentino vigente y dijo que, bajo nuestra ley penal, en cualquier caso los delitos que se le imputaban a Lariz Iriondo estaban prescriptos. Reparemos en que, al igual que los delitos de lesa humanidad, el terrorismo ha merecido la preocupación internacional y Argentina ha suscripto una Convención que expresamente contempla la extradición por actos de terrorismo cometidos con bombas<sup>60</sup>, sin embargo la CSJN en este caso prefirió sujetarse estrictamente al Derecho argentino.

Cabe traer ahora a la reflexión, entre la cuantiosa y calificada doctrina crítica de la línea de pensamiento de la Corte<sup>61</sup>, la posición que esgrimiera Badeni en el estudio que realizara sobre la materia titulado “Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados e interpretación constitucional”, al referir que los fallos de análisis habrían alimentado descripciones normativas que, si bien dicen, en lo nominal, sobre la jerarquización del Derecho internacional sobre el Derecho interno, desde el ángulo de la realidad o de la llamada dimensión sociológica de la realidad jurídica y desde su confluencia con la dimensión ética o valorativa, habrían proscrito el principio *pro homine*. Este principio, justamente, es el que soporta en su unidad de interpretación y en lo teleológico al moderno Derecho de los derechos humanos.

En este contexto interpretativo, cabe reflexionar en torno a qué dice el Derecho internacional contemporáneo y su doctrina mas autorizada acerca de los temas que

---

<sup>59</sup> A. AGUIAR, *Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005.

<sup>60</sup> Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con bombas, incorporado al derecho argentino por medio de la ley 25.762.

<sup>61</sup> Ver entre otros, además de los trabajos citados en las notas 24 y 25, M. LÓPEZ ALFONSÍN, “Crímenes de lesa humanidad y garantías constitucionales en Argentina: desde el caso *Arancibia Clavel*, un paso adelante y dos atrás”; M. BASTERRA, “Arancibia Clavel: una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate”, *La Ley* 2004-F, 293; H. GARCÍA BELSUNCE, “Reflexiones Jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel”, *La Ley*, 2004-F, 321; A. SANTIAGO, *La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema argentina en el caso Simón*, ED, 2005, Nros. 11.384 y 11.385; J. SALOMONI, “Acerca del fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, 4/08/05.

ocuparon la atención de la CSJN en los casos “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Derecho” y “Mazzeo”<sup>62</sup>:

a) Sobre la inclinación del Derecho constitucional en beneficio del Derecho internacional, la práctica internacional mas reciente muestra que la adecuación de las premisas entre uno y otro orden, de ordinario las reenvía el mismo Derecho internacional hacia el Derecho interno, que en ejercicio de su soberanía dispone de los medios adecuados para el cumplimiento de las obligaciones internacionales pactadas, a partir del criterio de buena fe. En cuanto a la jerarquización de lo normativo dentro del orden interno, el Derecho internacional no le impone regla alguna al Estado. Las soluciones son muy variadas a la luz del Derecho constitucional comparado. La Constitución de los Países Bajos consagra la supraconstitucionalidad de los tratados; la argentina le otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos; la alemana le asigna rango supralegal a las normas del Derecho internacional público; en tanto que las Constituciones de Méjico y de EEUU, colocan en igualdad de jerarquía a los tratados y a las leyes. De modo que la eventual contrariedad entre un tratado y una norma constitucional, sin perjuicio de que pueda dar lugar a reclamos de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, ha de ser resuelta por la propia jurisdicción nacional, siguiendo los perjuicios de coherencia funcional, compatibilidad y efectividad recíproca entre uno y otro orden, que procuran el vaciamiento de un orden jurídico por el otro, sobre todo en el ámbito del Derecho internacional penal y siendo que es el propio Estado a quien corresponde la tarea del escrutinio internormativo.

b) En torno a la costumbre como fuente del Derecho internacional penal o la relativización del *nullum crimen sine lege*, no cabe duda que es tal y que ha nutrido al Derecho internacional desde sus orígenes. Pero la misma conferencia que tuvo a cargo la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, incluso reconociendo la base consuetudinaria de los crímenes internacionales, la matizó y se ocupó que tales crímenes estuviesen claramente definidos, reconociendo (artículos 22 y 23 del Estatuto) el principio de legalidad como propio al Derecho internacional penal, tanto en el aspecto material de predeterminación normativa (*nullum crimen sine lege*) como el aspecto formal de la garantía penal (*nullum poena sine lege*). Asimismo, el principio de legalidad ha sido consagrado por los instrumentos internacionales convencionales sobre derechos humanos (la Declaración Universal, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea y la Convención Americana o Pacto de San José). En suma, lo que debe tenerse presente, y que reclama de mucho cuidado, en el juez nacional es que ante el alegato de la costumbre como fuente del Derecho internacional penal y en su aplicación a supuestos criminales específicos, no se puede proveer al respecto de una manera laxa, mediante remisiones deductivas o la simple declaración por un Estado de que tal o cual norma consuetudinaria existe y le obliga sin más. Concretar el contenido de una costumbre internacional es la tarea más compleja que puede asumir el operador jurídico, dado que ella no se encuentra en un cuerpo detallado de reglas hipotéticas.

---

<sup>62</sup> Seguimos aquí, resumidamente, la tesis del distinguido jurista venezolano A. Aguiar en la conferencia que pronunciara ante su incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas el 30 de noviembre de 2005.

c) Sobre la irretroactividad en el Derecho internacional, no huelga recordar que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no tuvo reparo al prescribir en su artículo 24 y, a propósito del juzgamiento por la Corte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”. No solo eso, la misma norma dispone que “de modificarse el derechos aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”. En “Simón” por el contrario, la Corte consideró que “el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto” y que, en virtud de ello, visto el caso argentino y la derogación de las llamadas leyes de punto final y de obediencia debida sobreviene “la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal mas benigna”.

## **V. LAS GARANTÍAS DE “COSA JUZGADA” Y *NE BIS IN IDEM* EN “MAZZEO”.**

Como hemos visto en los puntos anteriores, la Corte en “Arancibia Clavel”, “Lariz Iriondo”, “Simón” y “Derecho” sienta su doctrina judicial en torno a los “crímenes de lesa humanidad” haciendo una interpretación rígida, a la luz del bloque de constitucionalidad federal, de la relación jerárquica entre el Derecho internacional de los derechos humanos (de jerarquía constitucional) y el Derecho interno (Constitución). Mediante ella, la Corte imputó al Derecho interno que puede tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional, tipificó como “delitos de lesa humanidad” hechos anteriores a la creación del tipo legal, dispuso la obligatoriedad de la costumbre internacional como generadora de tipos penales, determinó la nulidad de cualquier disposición de amnistía, prescripción y excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de estos delitos, declaró la inoponibilidad en estos delitos de las garantías de “legalidad” y “debido proceso” con sus componentes de ley penal mas benigna y prohibición de aplicar la ley *ex post ipso*, y determinó la prohibición severa de todos aquellos institutos jurídicos de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos.

El aspecto mas sustancioso, a nuestro criterio, del caso “Mazzeo” no se centra en el control de constitucionalidad que la Corte ejerce sobre la facultad presidencial de indultar, la cual podría aparecer debilitada frente al carácter de delito de “lesa humanidad” adjudicado por la Corte, sino en lo que consideramos un “último giro” que el Tribunal imprime a su doctrina judicial en torno a la interpretación que cabe dar a las normas constitucionales argentinas relativas a la jerarquía del Derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad y los resultados prácticos que tal jerarquía provoca sobre la efectividad y los alcances de las garantías constitucionales de los derechos humanos a la defensa, legalidad y debido proceso. Este último giro que hemos referido, la CSJN flexibiliza las garantías de “cosa juzgada” y *ne bis in idem*.

El voto de la mayoría en este punto justifica la omisión de estas garantías sosteniendo que en el “derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia tanto al definir la garantía de *ne bis in idem* como la “cosa juzgada”. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del Derecho penal internacional con un nuevo proceso”<sup>63</sup>. Refiere entonces la CSJN al articulado de los Estatutos de Tribunales internacionales encargados de juzgar, entre otros, delitos de lesa humanidad que admitirían el desplazamiento de las dos garantías en cuestión, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia.

En igual sentido, cita jurisprudencia de la CIDH cuando señala que: “En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el art. 8.4. de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: I) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; II) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o III) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”. Una sentencia pronunciada en las condiciones indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, la misma CIDH considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y, mas aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *ne bis in idem* <sup>64</sup>.

Por consiguiente la CSJN concluye que “los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad”<sup>65</sup>.

Muchas consideraciones jurídicas merecerían estos frágiles argumentos de la Corte, pero lo que sorprende decididamente al observador constitucional es el razonamiento que formula el Tribunal descalificando su propia autoridad (con otra composición parcial) y ejerciendo una especie de control de constitucionalidad de sus propias decisiones.

---

<sup>63</sup> Considerando 35° del voto de la mayoría.

<sup>64</sup> CIDH caso “Almonacid Arellano”, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>65</sup> Considerando 37° del voto de la mayoría.

Efectivamente, las consecuencias de la línea argumental de la CSJN que venimos analizando en la secuencia “Arancibia Clavel-Lariz Iriondo-Simón-Derecho-Mazzeo” se centraron principalmente en remover los obstáculos que los poderes políticos del Estado habían generado, en uso de facultades constitucionales, para la investigación, juzgamiento y penalización de los responsables de crímenes de lesa humanidad, a través de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 (punto final) y 23.521 (obediencia debida) dictadas por el Congreso y del indulto Presidencial dictado por Decreto N° 1002/89 respecto de Santiago Omar Riveros y otros.

Pero en “Mazzeo”, la Corte, amén de la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Pen 1002/89 que indultó al General Riveros acusado de participar en delitos de lesa humanidad, al argumentar en torno a la inaplicabilidad de los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem* a este tipo de delitos, se alza contra la validez de sus propias sentencias, echando, incomprensible e injustificadamente, un manto de dudas sobre la imparcialidad e independencia del propio Tribunal. Así, como el Congreso Nacional desconoció la legitimidad soberana del mismo (con otra composición) al declarar la nulidad de una ley dictada por dicho Poder, la Corte, a través del voto mayoritario (integrado por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda) descalifica la propia actuación previa del Tribunal, haciendo caer la garantía de la “cosa juzgada”, arrastrando en su razonamiento el principio de seguridad jurídica y lesionando los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho.

## **VI. LAS DISIDENCIAS DE “MAZZEO”.**

Los jueces Fayt y Argibay votaron en disidencia en el caso en comentario. El juez Petracchi, quien en su momento, conjuntamente con Oyhanarte en diciembre de 1990 se inclinó por la constitucionalidad del decreto en cuestión, se abstuvo de votar<sup>66</sup>.

Fayt, coherentemente, mantiene la posición que motivó sus disidencias en los casos “Arancibia Clavel” y “Simón”, sopesando adecuadamente los avances que se produjeron en el Derecho internacional de los derechos humanos con el principio fundamental de irretroactividad de la ley. En su oportunidad, Fayt declaró la validez constitucional de las leyes de punto final y obediencia debida, y descalificó la ley que declaró retroactivamente la nulidad de dichas leyes (25.779). También se inclina por la validez constitucional del indulto. En el considerando 44° de su disidencia sostiene “Cabe recordar que el indulto no es en nuestros días un acto privativo de gracia de un individuo que se encuentre en posesión del poder. Es parte del esquema de la Constitución. Cuando se concede, es la determinación de la autoridad última de que el bienestar público será mejor servido o infligiendo menos que la pena fijada”, con cita de Pritchett, *La Constitución Americana*, ed. Tipográfica

---

<sup>66</sup> Lamentamos la abstención de dicho Juez en un tema de tamaño trascendencia, considerando que integraba la Corte que convalidó el decreto 1002/89. La posición omisiva del Juez deja flotando el interrogante de los motivos de su abstención a la luz justamente de las reflexiones que se formulan en el punto III de este trabajo.

Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 434. “Que empero otro de los argumentos para considerar que resulta inválido el indulto en los casos de crímenes de lesa humanidad, es el de la posterior evolución de los derechos humanos en el Derecho internacional. Esta fundamentación también resulta aparente, toda vez que a poco que se observa dicho avance tampoco aparece demostrado que la posibilidad de perdón se encuentre reñida con aquello que pueda caracterizarse como crimen de lesa humanidad. Tan así es que, en plena evolución del derecho de los derechos humanos se han decretado tales medidas respecto de personas que se encontraban detenidas por delitos de esa laya. Es el caso, por ejemplo, de los criminales nazis...”<sup>67</sup>.

La disidencia de Argibay cuenta, amén de su autoridad jurídica, con la autoridad moral de haber sido detenida arbitrariamente durante los años de la dictadura militar que provocó el cúmulo de violaciones a los derechos humanos que resultan materia de las sentencias y de estas reflexiones. Luego de rechazar los agravios correspondientes al juez natural y a la prescripción de la acción penal con derivación a la posición de dicha Ministra en el caso “Simón”, Argibay, en el considerando 4° de su disidencia, afirma que “corresponde acoger el agravio referido a la violación de la garantía constitucional de la cosa juzgada”. Igualmente, añade que:

“En efecto, en este mismo proceso y en el mes de diciembre de 1990, esta Corte Suprema resolvió convalidar este indulto: la mayoría, por razones formales que fundaron el rechazo del recurso y los jueces Oyhanarte y Petracchi, en voto concurrente pero entrando al fondo del asunto, aprobando la constitucionalidad del decreto en cuestión (Fallos: 313: 1392). De manera que, en este caso, la discusión quedó cerrada hace 17 años. Y destaco que la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaba vigente desde 1984, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1986 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también desde 1986 (leyes 23.054 y 23.313, esta última referida a los dos pactos). Asimismo, conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había instalado en 1979 y dictó sus primeras sentencias en junio de 1987, vale decir, más de cuatro años antes de la resolución de esta Corte. Notoriamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó el informe 28/92 en la que concluye que el decreto 1002/89 es incompatible con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y formula recomendaciones al gobierno de Argentina sobre el otorgamiento de compensación a los peticionarios, pero no lo somete a la Corte Interamericana, como prescribe el art. 51 de la Convención mencionada. Como ya dije, y se desprende de los antecedentes reseñados, la discusión sobre la inconstitucionalidad del indulto a Riveros ha concluido años atrás cuando en este mismo recinto los ministros firmaron la sentencia que desestimó el recurso interpuesto por los particulares damnificados. Pese a que toda la información y hasta declaraciones públicas parecen desatender el punto, entiendo que esta omisión conduce a una visión

---

<sup>67</sup> Considerando 47° de la disidencia del juez Fayt.

equivocada de la cuestión. Lo que está en juego en esta causa es, según se dejara ya aclarado, el principio de cosa juzgada y la prohibición de doble juzgamiento, tema que paso a considerar”<sup>68</sup>.

“Pero,... hay razones aun más profundas, vinculadas al funcionamiento mismo del Poder Judicial y del Estado de Derecho, que no me permiten seguir a la mayoría en un caso como éste. Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver Fallos: 308:1150, considerando 4°; 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver Fallos: 315:2406, considerando 7°) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos. Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de -158- cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes. La excepción a la regla que asigna efectos irrevocables a un fallo judicial, conocida como "cosa juzgada írrita", no tiene absolutamente nada que ver con el acierto de los jueces que lo dictaron, sino, principalmente con su decencia y su libertad de conciencia. Es la desviación en el cumplimiento de sus deberes, por dolo o coacción, lo que les quita el carácter de jueces y, por ende, la importantísima atribución de resolver con carácter definitivo las causas sometidas a su decisión. Nada más alejado de la situación que se presenta aquí. No está en duda la honradez de los jueces que dictaron el sobreseimiento en esta causa hace ya diecisiete años, juicio que no puede verse alterado por las profundas diferencias jurídicas o intelectuales que mantengo con esa decisión. Tampoco hay lugar para pensar en que hayan actuado bajo el influjo de alguna restricción a su independencia. A punto tal que, incluso en el pronunciamiento que hoy estamos dictando, aquella resolución que cerró el caso es defendida en su voto disidente por el juez Fayt quien, junto al juez Petracchi, formaba parte de la Corte Suprema al momento de dictarse la resolución que, al rechazar el recurso extraordinario, dejó firme el pronunciamiento apelado en torno a la validez de los indultos y al sobreseimiento definitivo del imputado”<sup>69</sup>.

“Así pues, por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión judicial, en cuanto desvincula a Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de la cosa juzgada debe prevalecer en salvaguarda del Estado

---

<sup>68</sup> Considerando 5° de la disidencia de la jueza Argibay.

<sup>69</sup> Considerando 6° de la disidencia de la jueza Argibay.

de Derecho basado en nuestra Constitución Nacional. De esta manera se reafirman las pautas de la vida democrática y republicana, que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos<sup>70</sup>. La contundencia y claridad de los conceptos expresados por la Jueza disidente, con los cuales coincidimos, nos eximen de todo comentario.

## VII. REFLEXIONES FINALES: LUCES Y SOMBRAS DE LAS IDEOLOGÍAS MAYORITARIAS.

Como expusimos a lo largo de este trabajo, parte de la doctrina argentina nos habla de un “un derecho de la realidad” al afirmar que la Corte Suprema de Justicia argentina ha seguido siempre la “fórmula política” del gobierno de turno<sup>71</sup>. Otro sector de la doctrina, en la cual me incluyo, estamos persuadidos que las “ideologías” han terminado causando la postergación del desarrollo nacional<sup>72</sup>. Quizás esta idea subyace en la disidencia de Fayt cuando sostiene “no se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana”<sup>73</sup>.

Los regímenes democrático-electoral, tendencia que se vislumbra en Latinoamérica, se caracterizan por el fortalecimiento del ejecutivo, lo que hace que la separación de poderes se diluya, pues el legislativo, una vez efectuada la elección del jefe del gobierno se convierte, en la práctica, en un órgano técnico de las decisiones que se adoptan fuera de las cámaras del Congreso. Por ello, el grado de control externo del gobierno es mucho menor que en una democracia representativa tradicional y descansa, primordialmente, en la efectividad e independencia del Poder Judicial. Sin perjuicio de esto, sabido es que una de las funciones que cumple, dentro de su rol institucional, la CSJN consiste en facilitar la *governance*. Esta función exige muchas veces convalidar políticas de Gobierno, como en el caso de la declaración de constitucionalidad de la normativa de emergencia y pesificación por parte del Tribunal<sup>74</sup>.

¿Constituye la línea de pensamiento de la CSJN desarrollada en los casos “Arancibia Clavel-Lariz Iriondo- Simón-Derecho-Mazzeo el ejercicio y facilitación de la *governance*?; ¿el abandono en “Mazzeo” por parte de la CSJN, hasta su repudio, del

---

<sup>70</sup> Considerando 7° de la disidencia de la jueza Argibay.

<sup>71</sup> J. OYHANARTE, “Historia del Poder Judicial”, *Revista Todo es Historia*, N° 61, 1972, p.94.

<sup>72</sup> E. PERINA, *La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación*, ed. sudamericana, Buenos Aires, 1996.

<sup>73</sup> Considerando 62° de la disidencia del Dr. Fayt (conf. considerando 25 del voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

<sup>74</sup> Dictando los fallos “Cabrera”; “Bustos” y “Rinaldi” contra los precedentes “Smith” y “San Luis”.

precedente del propio Tribunal, lesionando gravemente el instituto de la “cosa juzgada” y la garantía del *ne bis in idem*, encuentra su razón en la identificación “ideológica” de la mayoría de sus integrantes con “la fórmula política” del gobierno de turno?; ¿estuvo la CSJN motivada, al construir su línea de pensamiento respecto de los delitos de lesa humanidad, por el modelo “actor estratégico con el fin de recuperar su alicaída imagen y generar una “alianza estratégica con el gobierno y la sociedad?; ¿cuanto incidió en el trasfondo de las decisiones judiciales el clima hostil y revolucionario del Gobierno frente al Poder Judicial? La decisiva participación en la construcción de la “mayoría” en los fallos citados de los jueces designados por el actual Presidente, ¿responde, en algún aspecto, a dicha situación?; ¿ha sido el Tribunal permeable a los requerimientos políticos del Ejecutivo y del Legislativo?

La teoría constitucional viene enfatizando desde hace tiempo la tensión permanente entre constitucionalismo y democracia, considerando que ambos priorizan valores distintos. El constitucionalismo privilegia la protección de las minorías y la limitación de los procesos políticos mayoritarios, y la democracia los objetivos y políticas de los actuales gobernantes apoyados por la mayoría. El control de constitucionalidad en cabeza del Poder judicial se edificó a partir de 1803 en el célebre voto de “Marshall” haciendo hincapié, justamente, en la misión del Poder judicial de proteger a las minorías contra los embates de las mayorías temporales y por ello el carácter de “justicia contramayoritaria”. Algunos autores de la teoría constitucional y la ciencia política sostienen que el cumplimiento cabal de esta misión define, en gran parte, la calidad de la “democracia”<sup>75</sup>; otros, manifiestan que aún no hay pruebas decisivas en dicho sentido<sup>76</sup>. Lo cierto es, que mas allá del sabor amargo de la “verdad incomprendida” que un fallo trascendental deja en aquellos que no compartimos sus argumentos, tenemos la sensación que la CSJN en “Mazzeo”, al desconocer la autoridad pasada del propio Tribunal, flaco favor le ha hecho a la “democracia” y a la ideología mayoritaria con la cual se ha alineado, porque, discúlpenos la dureza, " no vaya a resultar que los criterios de un máximo Tribunal de Justicia estén en la misma clase que los boletos del ferrocarril: válidos para este viaje y de día solamente"<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Entre otros O DONNELL, SARTORI, HELD, MC PHERSON y DALL.

<sup>76</sup> Ver trabajo cita 21.

<sup>77</sup> Del justice Roberts en "Grove v. Townsed", citado por el Ministro Petracchi en su disidencia en autos: "Romero Feris, José A. c/ Estado Nacional s/ amparo y su acumulado “Rossi Cibils Miguel A. y otros c/ Estado Nacional s/ amparo”.