

*Luces y sombras de las ideologías
mayoritarias*

Reflexiones en torno al caso «Mazzeo», fallado por la Corte Suprema
de Justicia Argentina

Jorge Alejandro Amaya

Docente de pregrado y postgrado de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos
Aires. Profesor principal de la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Magistratura.

Lex



China de Monsefú

SUMARIO

I. Comentarios iniciales. II. La función de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la protección de las minorías en la democracia. III. Los modelos «actitudinal» y «actor estratégico» en las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia: «Arancibia Clavel»-«Simón»-«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. Comentarios iniciales

Sintetizamos brevemente los hechos del caso: el Juzgado Federal N° 2 de San Martín, provincia de Buenos Aires, había hecho lugar a la presentación que perseguía la declaración de inconstitucionalidad del 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. La defensa de Riveros, con fundamento, entre otros, en la excepción de cosa juzgada apeló el pronunciamiento de primera instancia. La Cámara Federal de San Martín acogió favorablemente el recurso, con sustento en que ese Tribunal ya se había pronunciado acerca de la validez del indulto presidencial. Apelado este nuevo pronunciamiento, por distintos grupos de querellantes, la Sala II de la Cámara de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del citado decreto de indulto. Contra este último fallo, se dedujo el recurso extraordinario federal que origina las actuaciones que son objeto de comentario.

Considerando que en la sentencia del caso «Mazzeo» la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)¹ trasciende la cuestión de la constitucionalidad del indulto y se pronuncia en línea con sus precedentes inmediatos «Arancibia Clavel»² y «Simón»³ sobre la interpretación que

¹ Mazzeo Julio L. y otros, CSJN, 13 de julio de 2007.

² CSJN, 24 de agosto de 2004.

³ CSJN, 23 de diciembre de 2004.

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 CN, efectuaremos un comentario integrado de la línea argumental de la Corte.

II. La función de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la protección de las minorías en la democracia

Sosteníamos poco tiempo atrás, en un trabajo en el cual revisábamos el control de constitucionalidad federal⁴, que –según nuestro parecer– la Corte Suprema no había podido mantener –en los últimos años– el mensaje de alta política judicial de ser vista por la mayor parte de la sociedad como tribunal último de los *derechos y garantías individuales*; como depositaria de la «confianza pública»; y protectora de la «seguridad jurídica» de la Nación, frente a los embates del «gobierno» manifestados esencialmente en situaciones –más habituales que coyunturales– de «emergencia económica y política».

El reciente caso «*Mazzeo*», el cual se inscribe en la traza de pensamiento que la Corte viene abordando en los fallos «*Arancibia Clavel*» y «*Simón*» entre otros, no escapa a dicha crítica, en razón que el Alto Tribunal ha reafirmado el posicionamiento «ideológico» que lo alinea con los poderes políticos del «gobierno mayoritario», sacrificando las garantías constitucionales que edifican los principios de «legalidad» y «debido proceso» de personas implicadas en crímenes calificados como de «lesa humanidad». Trataremos de desarrollar la idea a lo largo de este comentario.

Desde mediados del siglo XIX, el concepto de mayorías y minorías en la democracia⁵ 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 mayoritaria⁶.

⁴ Amaya, Jorge Alejandro. «Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad». *La Ley*, Suplemento Aniversario por los 70 años de la editorial, noviembre de 2005.

⁵ Al respecto, ver nuestro trabajo «De mayorías y minorías en la democracia». *Revista Debates y ensayos*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2006.

⁶ Dahl, Robert A. 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

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 solo 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 gobierno⁷: «el mayor peligro de las repúblicas americanas reside en la omnipotencia de la mayoría»⁸.

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 fundamentalidad⁹. En ese sentido, los derechos fundamentales son «cartas de triunfo» en el juego de las razones jurídicas; son como el as de la baraja¹⁰. La Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de justicia de la Argentina y cabeza del Poder Judicial de la Nación (artículo 108 CN) forma parte de la trilogía de poderes diseñada por la Constitución Norteamericana de 1787; sus antecedentes ideológicos¹¹ están la doctrina del Chief John Marshall en «*Marbury vs. Madison*» (1803)¹², y es un órgano que –excediendo su función de administrar justicia– cogobierna (conjuntamente con los poderes políticos electivos) a través de sus sentencias, actuando –desde esta perspectiva– como *garante del proceso democrático*.

between the power of majorities and the power of the minorities». La democracia madisoniana se opone a la «democracia mayoritaria», según Fishkin, James. *Democracia y deliberación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 75.

⁷ Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Editorial Alianza, Madrid, 1980, tomo I, segunda parte, capítulo VII, p. 239.

⁸ Obra citada en nota anterior, p. 244.

⁹ 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 solo un medio), esta 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 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; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales». *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 19 y 20.

¹⁰ Opinión de Ronald Dworkin en *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 37.

¹¹ 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.

¹² «*Marbury vs. Madison*», 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803), Miller, J.; Gelly M. A. y Cayuso S. *Constitución y poder político*. Tomo I, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 5 y ss.

La capacidad de declarar la validez o invalidez de las normas que integran un sistema jurídico por ser contrarias a la norma básica o de referencia (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 minorías¹³, siendo esta cuestión propia de la función judicial¹⁴.

III. Los modelos «actitudinal» y «actor estratégico» en las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia: «Arancibia Clavel»-«Simón»-«Mazzeo».

Los poderes políticos elegidos para conducir la República en mayo de 2003, encabezados por el titular del Poder Ejecutivo Nacional Néstor Kirchner, enarbolaron como principio político prioritario, entre otros, perseguir durante su gobierno la renovación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sospechada de haber estado alineada incondicionalmente con la política

¹³ Son interesantes 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.

¹⁴ 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 vs. Madison», donde el voto del justice 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

del ex Presidente Menem¹⁵ e impedir la impunidad –a su criterio latente– de los autores de la llamada guerra sucia, a través de la persecución y castigo de los responsables del terrorismo de Estado¹⁶. Bajo esta línea de pensamiento político, marcada por el Ejecutivo, 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 jurídica¹⁷. 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

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 republicanism 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 vs. Dorrande» y «Hylton vs. Estados Unidos».

¹⁵ Recordemos el mensaje al respecto pronunciado por el Presidente de la Nación por cadena nacional.

¹⁶ Resulta ocioso recordar las innumerables declaraciones públicas del Presidente en este sentido y el permanente hostigamiento a los órganos judiciales para que actuaran en dicha dirección.

¹⁷ Ver la opinión de Vanossi Jorge, «Obediencia debida y punto final» en La Ley, 2003-E, 1504.

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 Drs. Zafaroni, Argibay, Highton de Nolasco y Lorenzetti, que se sumaron al Dr. Maqueda, que si bien había sido designado bajo la Presidencia de Eduardo Duhalde, temporalmente podemos considerarlo inmerso bajo un similar contexto fáctico. Evidentemente, la línea argumental seguida por los fallos paradigmáticos dictados por la Corte Suprema 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»¹⁸ y «Simón»¹⁹, 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 Drs. 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 Corte 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 de «que los fundamentos ofrecidos por las cortes en sus fallos reflejen completa y fielmente las motivaciones que hay detrás de sus decisiones»²⁰. Por otra parte, en opinión de algunos medios de comunicación (lo cual más 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 más altas autoridades de la Nación tendientes a dejar sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y punto final».²¹ 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 línea argumental, es decir, las razones de esta decisión judicial y no de esta otra, considerando que el tema no es baladí ni de fácil resolución. La búsqueda de respuestas nos lleva a considerar los llamados «modelo actitudinal»²² y «actor estratégico»²³ propugnados por parte de la doctrina interdisciplinaria para evaluar el contenido y las motivaciones de la toma de decisiones judiciales.

¹⁸ Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Causa N° 259, 24/08/2004.

¹⁹ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768, 14/06/2005.

²⁰ Siguiendo esta línea de razonamiento, ver Kapiszewski Diana. «La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post Menem». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

²¹ Editorial del diario *La Nación* del 8/09/05.

²² Ver, entre otros trabajos, Shapiro Martín, «Judicial Deliberatio»; Cappeletti, Mauro, «Independent judges, dependent judiciary»; Linares Sebastián, «Independencia judicial, conceptualización y medición»; Segal J. y Spaeth H., «The Attitudinal model revisited».

²³ Ver, entre otros trabajos, Kapiszewski Diana, «La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post Menem», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*; y Salomón Carlos, «Un nuevo modelo de decisión judicial previsional argentina».

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 cómo 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 (2004) 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»²⁴.

Estas tres 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 cogobierno 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 Scribner, que ya 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.

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» y «Simón» reavivaron la discusión doctrinaria en torno a los alcances de la supremacía constitucional del Derecho Internacional de los Derechos humanos por 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

²⁴ Kapiszewski Diana. «La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post Menem». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, p. 7.

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 CN.

En «Arancibia Clavel» consta el debate habido acerca del carácter o no de «delito de lesa humanidad» que tipificaría la conducta delictiva del imputado; se reconoce, sin embargo, que «al tiempo de los hechos», tal calificación no existía en «ningún texto convencional en vigencia» que obligase a la 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». ²⁵ Tanto que el juzgador del caso 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 más 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

²⁵ CIDH, caso Barrios Altos, 14 de marzo de 2001.

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 más 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 el 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 culminante fue el juicio a las juntas militares, iniciado el 22 de abril de 1985²⁶. 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 autoría, que Werner Golschmidt, al opinar sobre el Proyecto de Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad sostuvo: «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».²⁷

Cabe traer ahora a la reflexión, entre la cuantiosa y calificada doctrina crítica de la línea de pensamiento de la Corte²⁸, la posición que esgrimiera Gregorio Badeni en el estudio que realiza-

²⁶ Ver Manili Pablo. «Primeras reflexiones sobre el fallo Simón: una disidencia ajustada a derecho», *La Ley* 2005-F, 15.

²⁷ Ver Aguiar Asdrúbal. *Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005.

²⁸ Ver, entre otros, además de los trabajos citados 24 y 25, López Alfonsín Marcelo, «Crímenes de lesa humanidad y garantías constitucionales en Argentina: desde el caso *Arancibia Clavel*, un paso adelante y dos atrás»; Basterra Marcela, «Arancibia

ra 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 hablan –en lo nominal– de la jerarquización del Derecho Internacional por 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 más autorizada acerca de los temas que ocuparon la atención de la CSJN en los casos «Arancibia Clavel», «Simón» y «Mazzeo».²⁹

a. Sobre la inclinación del Derecho Constitucional en beneficio del Derecho Internacional, la práctica internacional más 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; Argentina le otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos; la Constitución Alemana le asigna rango supralegal a las normas del Derecho Internacional Público; en tanto que las constituciones de México y de EEUU colocan en igualdad de jerarquía a los tratados y a las leyes. De este modo, 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 al propio Estado al que 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 de que es tal y que ha nutrido al Derecho Internacional

Clavel: una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate», *La Ley* 2004-F, 293; García Belsunce Horacio, «Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel», *La Ley*, 2004-F, 321; Santiago Alfonso, «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; Salomoni Jorge, «Acerca del fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *La Ley*, 4/08/05.

²⁹ Seguimos aquí, resumidamente, la tesis del distinguido jurista venezolano Asdrúbal Aguiar en la conferencia que pronunció con ocasión de su incorporación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas el 30 de noviembre de 2005.

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 de 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 en 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.

c. Sobre la irretroactividad en el Derecho Internacional, no huelga recordar que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no tuvo reparos 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». Y no solo eso; la misma norma dispone que «de modificarse el derecho 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 más benigna».

V. Las garantías de «cosa juzgada» y «ne bis in ídem» en «Mazzeo»

Como hemos visto en los puntos anteriores, la Corte en «Arancibia Clavel» y «Simón» 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 la tipificación de «delito de lesa humanidad» a 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 más benigna y prohibición de aplicar la ley *ex post ipso*; y determinó la 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 derechos humanos.

Por consiguiente, el aspecto más sustancioso —en 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 del delito de «lesa humanidad» adjudicado por la Corte, sino en lo que consideramos un «último giro de rosca» 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 hace caer en «Mazzeo» las garantías de «cosa juzgada» y de «ne bis in ídem».

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 ídem» 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»³⁰. 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 la CIDH cuando señala lo siguiente: «En lo que toca al principio *ne bis in ídem*, 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

³⁰ Considerando 35° del voto de la mayoría.

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*»³¹.

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»³².

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. Efectivamente, las consecuencias de la línea argumental de la CSJN que venimos analizando en la secuencia «Arancibia Clavel-Simón-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– al argumentar en torno a la inaplicabilidad de los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem* a los delitos de lesa humanidad, 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 Drs. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda), descalifica la propia actuación previa del Tribunal haciendo

³¹ CIDH caso «Almonacid Arellano», sentencia del 26 de septiembre de 2006.

³² Considerando 37° del voto de la mayoría.

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, que en su momento, conjuntamente con Julio Oyhanarte, en diciembre de 1990 se inclinó por la constitucionalidad del decreto en cuestión, se abstuvo de votar³³.

Coherentemente, Fayt mantiene la posición que motivo 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, el Ministro 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 este Ministro por la validez constitucional del indulto. En el considerando 44° de su disidencia, sostiene que «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 de *La Constitución Americana* (Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 434 s): «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...»³⁴.

La disidencia de la ministra Carmen 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

³³ Lamentamos la abstención de dicho juez en un tema de tamaña 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.

³⁴ Considerando 47° de la disidencia del juez Fayt.

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», la Dra. 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».

«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 el 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 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».³⁵

«Pero... hay razones aún 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 este. 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, conside-

³⁵ Considerando 5° de la disidencia de la jueza Argibay.

rando 4°; 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver fallo: 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 solo 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».³⁶

«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 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».³⁷

La contundencia y claridad de los conceptos expresados por la jueza disidente –con los cuales coincidimos– nos eximen de todo comentario.

³⁶ Considerando 6° de la disidencia de la jueza Argibay.

³⁷ Considerando 7° de la disidencia de la jueza Argibay.

VII. Reflexiones finales: luces y sombras de las ideologías mayoritarias

Un gran jurista y político desarrollista que integró la CSJN dos veces, una de ellas con participación –hace diecisiete años atrás– en el caso que nos ocupa, Julio Oyhanarte, sostenía «un derecho de la realidad» al afirmar que la Corte debía seguir la «fórmula política» del gobierno de turno³⁸. Otro político, también desarrollista, que supo ser su amigo³⁹, sostenía que las «ideologías» habían terminado causando la postergación del desarrollo nacional⁴⁰. Quizás esta idea subyace en la disidencia del Dr. Fayt cuando sostiene que «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»⁴¹.

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 pacificación por parte del Tribunal.⁴²

¿Constituye la línea de pensamiento de la CSJN desarrollada en los casos «Arancibia Clavel - Simón - Mazzeo» el ejercicio y facilitación de la governance? ¿El abandono por parte de la CSJN – hasta su repudio– del precedente del propio Tribunal dictado en «Mazzeo», lesionando gravemente el instituto de la «cosa juzgada» y la garantía del «ne bis in ídem», 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 en la trilogía «Arancibia Clavel - Simón - Mazzeo»– por el modelo «actor estratégico con el fin de recuperar su alicatada imagen y generar una «alianza estratégica con el Gobierno y la sociedad»? ¿Cuánto incidió en el trasfondo de

³⁸ Oyhanarte Julio. «Historia del Poder Judicial». Revista *Todo es Historia*, N° 61, 1972, p. 94.

³⁹ Me refiero al pensador y periodista desarrollista y estrecho colaborador del ex Presidente Frondizi, Emilio Perina.

⁴⁰ Perina Emilio. *La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación*. Editorial Sudamericana, Bs. As. 1996.

⁴¹ Considerando 62° de la disidencia del Dr. Fayt (conf. considerando 25 del voto del juez Fayt en los fallos: 310:1162).

⁴² Dictando los fallos «Cabrera», «Bustos» y «Rinaldi» contra los precedentes «Smith» y «San Luis».

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 –justamente– se edificó a partir de 1803 en el célebre voto de «Marshall» haciendo hincapié 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»⁴³; otros manifiestan que aún no hay pruebas decisivas en dicho sentido⁴⁴. Lo cierto es que más allá del sabor amargo de la «verdad incomprendida» que un fallo trascendental deja en aquellos que no compartimos sus argumentos, tenemos la sensación de que la CSJN en «Mazzeo» –al desconocer la autoridad pasada del propio Tribunal– le ha hecho un *flaco favor* 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 la Corte estén en la misma clase que los boletos del ferrocarril: válidos para este viaje y de día sola»⁴⁵.

⁴³ Entre otros, O'Donnell; Sartori; Held; Mc Pherson; Dall.

⁴⁴ Ver trabajo, cita 21.

⁴⁵ Del Justice Roberts en «Grove vs. Townsend», 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».