

**Título:** La Corte Suprema en su laberinto. A propósito de la sentencia "Muiña". Los efectos políticos e institucionales del fallo

**Autor:** Bercholc, Jorge O.

**Publicado en:** DPyC 2017 (julio), 10/07/2017, 109

**Cita Online:** AR/DOC/1500/2017

**Sumario:** I. Introducción.— II. La sentencia y sus efectos jurídicos y procesales.— III. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales externos a la Corte Suprema.— IV. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales internos hacia la propia Corte Suprema.— V. A modo de conclusión.

[\(\\*\)](#)

## I. Introducción

No es casual ni novedoso que la Corte Suprema argentina haya producido en el acotado plazo de 8 meses y medio, y luego de la regularización del plantel de magistrados con la incorporación de los ministros Rosatti y Rosenkrantz (asumieron sus cargos el 29/06/16 y 22/08/16 respectivamente), una serie de sentencias sobre temas relevantes y polémicos per se, y repotenciados en esos matices, por el sentido de algunas de las decisiones del tribunal, y por la conformación de las mayorías obtenidas y los alineamientos de los votos de los magistrados.

Así, en el breve período que abarcan 8 meses y medio, desde el 18 de agosto de 2016 (sentencia CEPIS, sobre las tarifas de gas), hasta el 3 de mayo de 2017 (sentencia Muiña, sobre el otorgamiento del beneficio del llamado 2x1), la Corte resolvió los casos, CEPIS; Fontevecchia; Schiffrin; Villamil; Alespeiti y Muiña (en rigor un recurso de hecho interpuesto en el marco de la causa Bignone), en una suerte de refundación jurisprudencial de nuevo signo con implicancias jurídicas y políticas complejas y novedosas (no necesariamente novedades positivas).

No es casual porque resulta razonable esperar y suponer que, luego de un período de incertidumbre y transición en el tribunal [\(1\)](#), (en el breve lapso de 19 meses quedo reducido a 3 miembros), dado por las circunstancias que rodearon los cambios en su formación, se requiera resolver temas complejos que habían estado postergados a la espera de la reconstrucción del plantel de magistrados. Algunos casos aparecieron con el cambio de gobierno, pero la mayoría era de larga data y por diversos motivos venía demorando su resolución. Especialmente porque se trataba de temas que requieren una conformación y funcionamiento adecuados y regulares de la institución, entiéndase, que esté conformada por la totalidad de los miembros previstos, sin vacantes y ello relacionado al objetivo de obtener por el sistema decisiones sólidas, consistentes, tomadas por el cuerpo en funcionamiento con plenitud de sus miembros, para la producción de sentencias que transmitan mensajes claros a la ciudadanía sobre temas complejos y relevantes.

Y ello tampoco es novedoso, pues se asemeja mucho a lo que aconteció con el tribunal luego de la crisis de 2001-2002, en la que la Corte quedo en medio de la tormenta política-económica e institucional de la crisis. También en esa época la Corte tuvo una etapa de transición en la que funcionó de modo irregular, sin la totalidad de sus miembros, con vacantes, en medio de tensiones, juicios políticos y cambio de gobiernos. Ese proceso se extendió desde octubre de 2002 con la renuncia de Bossert, a la que le sucedieron renunciaciones y juicios políticos a los que solo sobrevivieron Fayt, Petracchi y Belluscio. Recién en febrero de 2005, con la designación y asunción del cargo de Argibay, la Corte se regularizó en el número de miembros y comenzó a funcionar con dinamismo.

En el análisis de aquella época sostuve que la Corte Suprema, con su nueva conformación, debió afrontar, a través de sus fallos, serias cuestiones institucionales y jurídicas que habían estado postergadas durante su transición.

Dos hipótesis, no excluyentes entre sí, pueden explicar esta cuestión que se repite en la Corte actual, a partir de su normalización con la designación de los ministros Rosatti y Rosenkrantz; i) La Corte desde que completó su elenco de ministros, se ocupa de cuestiones sumamente complejas, postergadas por los cambios en su composición. Culminado, por ahora, dicho proceso [\(2\)](#), desde agosto de 2016 asumió un rol más activo sobre esas cuestiones postergadas; ii) las cuestiones postergadas resultan de tal complejidad jurídica, institucional y política que hacen comprensible las dificultades para obtener los consensos mínimos y la producción de sentencias que transmitan mensajes claros a la ciudadanía sobre temas complejos y relevantes.

Dentro del grupo de las sentencias judiciales referidas, hay una que se destaca por la rara cualidad de haber generado un revuelo multifacético, con efectos relevantes, en varios niveles o campos simultáneamente, como los que ha generado la sentencia recaída en el caso Muiña, emitida por la Corte Suprema el pasado 3 de mayo, otorgando al condenado el beneficio del cómputo especial que la derogada ley 24.390 concedía, conocido como 2x1. Resulta aún más llamativo cuando se trata de una resolución en un recurso de hecho, por una norma de aplicación procesal en el proceso de ejecución de una sentencia. No se trata de una sentencia definitiva que implique inmiscuirse en una cuestión de fondo de profundo contenido doctrinario, y con efectos que generan polémicas y debates valorativos por generaciones. Sin embargo, obviamente, no puede soslayarse que, el contexto histórico y social, la valoración de las conductas involucradas, lo inédito y aún reciente en la historia política del país de los hechos juzgados, su gravedad, hacen que una resolución que fuera de contexto no resultaría relevante, en términos técnico-jurídicos estrictos, haya generado las repercusiones políticas, jurídicas e institucionales que generó.

Y eso es lo que llama poderosamente la atención. ¿Acaso los ministros que conformaron la mayoría no eran conscientes de las repercusiones y efectos que generaría el fallo en el sentido en el que fue emitido? Sólo soslayando lo insoslayable se podría haber pensado que se trataba de un caso de obvia resolución técnica y que no generaría las tensiones e implicancias que en varios campos ha generado. Es el contexto jurídico, político e institucional del caso lo que lo hace excepcional y para el que se requiere un tratamiento excepcional. Principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente técnico-jurídicos a fin de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar (3).

Se pueden identificar, al menos, cuatro campos distintos para el análisis y en los cuales la sentencia ha generado polémica y efectos que aún no han terminado de expandirse y revelarse. Muchos de ellos sorprendentemente paradójicos.

a. El ámbito jurídico, con los debates doctrinarios que se suceden a través de publicaciones, artículos, opiniones, reportajes, con diversidad de análisis, perspectivas e interpretaciones. Además, y en términos más estrictos de efectos en el sistema judicial, de los cientos de casos (cantidad no determinada con certeza, pues se ha hablado de cifras que oscilan entre 300 y 700 procesos) en los cuales se podría pedir la aplicación del beneficio otorgado por la ley 24.390.

b. El ámbito jurídico más específico de los Derechos Humanos como materia en evolución y desarrollo permanente y con aplicación de normas nacionales e internacionales con raigambre constitucional.

c. Los efectos políticos e institucionales externos a la Corte Suprema, impulsados por el input de su sentencia hacia fuera de su órbita jurisdiccional, con impacto en el gobierno, la oposición y las instituciones, tanto en la agencia legislativa (entiéndase el Parlamento), como en la agencia judicial (entiéndase los tribunales inferiores ante los cuales se replican los planteos de aplicación del beneficio del 2x1).

d. Los efectos políticos e institucionales internos hacia la propia Corte Suprema, generados por su propia sentencia, que denotan una puja en el liderazgo de la institución y debates nunca debidamente zanjados sobre su modelo de deliberación, su rol y diseño institucional y las características técnicas recomendables para la designación de los jueces.

## **II. La sentencia y sus efectos jurídicos y procesales**

La propia sentencia expresa claramente muchos de los matices conflictivos dignos de análisis a través de los votos de la mayoría y de la disidencia. Si intentaré destacar algunos aspectos, o aportar algunas perspectivas multi e interdisciplinarias de análisis en relación al fallo.

1. No se puede soslayar que todos los procesos relacionados a la represión de Estado, o terrorismo de Estado, o delitos de lesa humanidad, han tenido distinto niveles de tratamiento excepcional y de compleja armonía y funcionalidad con las reglas del debido proceso y de las garantías fundamentales de todas las partes involucradas. Primero de las víctimas de las conductas delictuales, ahora se discute sobre las de los victimarios.

Sentencias que declararon normas constitucionales y luego, años después, las mismas normas, fueron

declaradas inconstitucionales (4), y más aún, declaradas nulas por el Parlamento (ley 25.779).

Indultos y suspensión de juicios luego revisados; Constitucionalización, reforma de 1994 mediante, de los tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, ex post facto de los hechos imputados y condenados que, entre otros efectos notables, declararon nada menos que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Luego, las sentencias de la Corte refrendando la imprescriptibilidad ya sancionada normativamente (fallos Simón y Mazzeo).

Casi 34 años después de la decisión política del Nunca Más, lo único que parece haber sido lineal e inmovible, fue la voluntad política de la ciudadanía y de las instituciones de someter a juicio a los responsables de los delitos de lesa humanidad y que, sin dudas limitaciones de ningún tipo recibieran las sanciones legales correspondientes, sin chance alguna de perdón o concesión, llámese indulto, conmutación de penas o amnistía. Todo intento dado en ese sentido fue desandado y repuesto en el sentido permanente de la sanción en debida proporción para ese tipo de delitos. Una muestra clara de una política de Estado, que permanece en el tiempo, más allá de coyunturas, tensiones, cambios de gobierno y signo político e ideológico.

"... Se trata de una política de estado, afirmada por los tres poderes, en distintas épocas, de modo que constituye parte del contrato social de los argentinos...", según el último párrafo del considerando 7 del voto personal en disidencia del Presidente de la Corte Lorenzetti.

La Corte ya ha receptado el carácter excepcional del delito que se juzga y sobre el cual no puede aplicarse ningún tipo de dispensa, reducción o prescripción, siguiendo standards internacionales.

Dadas las características tan particulares de los delitos concebidos en un marco de terrorismo de Estado y su permanencia en el tiempo, resulta una incongruencia básica e ingenua querer aplicar pautas procesales ordinarias a casos extraordinarios.

La paradoja del argumento de la superioridad del Estado de Derecho, que brinda garantías aún a aquellos que las despreciaron, resulta plausible para casos de derecho común o para jueces de instancias inferiores cuyas resoluciones no generan efectos institucionales severos.

2. En los considerando 14 y 15 del voto en disidencia de Lorenzetti se refuta de un modo muy sólido la aplicación literal y formalista, de acuerdo a la interpretación del voto mayoritario, esquemático y descontextualizado en su argumentación, pues no considera el contexto normativo en juego que, por demás, han generado los legisladores.

La razón de la sanción de la ley 24.390 claramente no abarca a los delitos especial y desagregadamente considerados por el legislador y la jurisprudencia nacional y los standards internacionales de lesa humanidad aplicables. Ha sido una norma de ideología procesal administrativa tendiente a aliviar el estado procesal de los detenidos con prisión preventiva. Dirigido a los casos comprendidos en dicha ley (art. 8 de ley 24.390) y presentando la excepción del art. 10, lo que por analogía nos podría llevar a la aceptación de otras excepciones dispuestas por el legislador en esta u otras normas. Más aún si los delitos son tipificados especial y excepcionalmente en leyes especiales, como de lesa humanidad. Si existen leyes especiales, por caso las normas constitucionalizadas de rango internacional vía tratados y pactos reconocidos por el país, no pueden ser ellas puestas en estado de minusvalía ante normas locales de tipo general sin especificación.

Dicho de otro modo, solo una interpretación lineal y esquemática, sacada del contexto de la evolución normativa y jurisprudencial sobre el tema de delitos de lesa humanidad, puede extender la aplicación de la ley 24.390 a los procesos que juzgan esos delitos. Dicha ley no pensó en ellos cuando fue sancionada, pero el legislador sí pensó en el castigo integral para esos delitos al adscribir a la imprescriptibilidad de los mismos. Lo que la Corte consolidó en su jurisprudencia sobre casos concretos. No hubo vacío legal ni falta de doctrina judicial específica como ha sostenido el voto de la mayoría.

3. No es cierto que fatalmente, en términos de inevitabilidad técnico-jurídica, la Corte tuvo que fallar en el sentido del voto mayoritario aunque nos coloque en un dilema ético y moral como el que parece haber sufrido el ministro Rosatti, según lo que expresa en los considerando 11, 12 y 13 de su voto concurrente. Las explicaciones culposas allí vertidas son paradójicas, pues de un racimo de soluciones posibles y consistentes en términos

técnico-procesales se opta por un camino formalista que implica una opción, puesta en contexto, de tinte ideológico y político.

La propia explicación de superación del dilema le juega una "parábola" de honestidad brutal al ministro Rosatti. La imputación al legislador del supuesto vacío o falta de especificidad, y la invocación a la división de poderes en una versión superficial y "escolar", denota la intencionalidad de dar un mensaje específico sobre una nueva construcción del instituto de los derechos humanos. Bajo la apariencia de garantismo para todos, aunque no nos gusten sus alcances, y de respeto a la división de poderes, lo que se hace es legislar positivamente dándole vida a una ley derogada, que no es mecánicamente aplicable, pues su carácter de norma penal es al menos, dudoso, y soslayándose los diversos pronunciamientos específicos del legislador y de la ciudadanía en el sentido de no permitir reducción de ningún tipo para este tipo de delitos.

Es una inteligencia "escolar" y anacrónica de la división de poderes (5) pues la interpretación de que las agencias institucionales funcionan como compartimentos estancos da como resultado, la desnaturalización de las decisiones legislativas como reflejo de la soberanía popular sí, como en este caso, la decisión del juzgador opta por una interpretación que contradice el sistema, complejo y contradictorio, pero consistente a través del tiempo, de condenar con especial preocupación a los delitos de lesa humanidad sin que pueda alcanzarlos ningún tipo de conmutación o perdón. Esa ha sido la decisión del legislador, sostenida con consistencia en la construcción del Estado de derecho argentino desde 1983 a la fecha, y desnaturalizada por esta sentencia. Por ello, lo que dice querer evitar el 2º párrafo del considerando 11 del voto de Rosatti, paradójicamente lo consagra. El juez se ha transformado en legislador.

4. Reacciones de todo tipo y desde todo lugar dan razones técnicas, tan o más solidas que las del voto mayoritario, para resolver en el sentido contrario. Además, por supuesto de los votos en disidencia de Lorenzetti y Maqueda.

El representante para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), hizo advertencias respecto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y a los standards internacionales consagrados constitucionalmente que impide reducción de penas aplicables a delitos comunes.

"Los crímenes de lesa humanidad agravan no solo a las víctimas, sino a todos los seres humanos. Por ello, no pueden asimilarse a delitos comunes y su gravedad requiere de una sanción proporcional" (6).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresó su "preocupación y consternación" por las características de la sentencia.

El Congreso se apresuró a deslindar responsabilidades políticas, que el voto de la mayoría pretendió endilgarle, y en tiempo record sancionó la ley 27.362, de solo 3 artículos que pretende, quijotesca, imponer una interpretación unívoca y definitiva de la ley 24.390 en relación a los delitos de lesa humanidad.

Por qué entonces los jueces del voto mayoritario han hecho uso de esta opción tan excéntrica, donde han logrado el milagro de una queja generalizada, nacional e internacional, de todos los sectores políticos, y de las instancias judiciales inferiores que ya perfilan una rebelión hacia esta doctrina de la Corte, rebelión que rememora lo ocurrido con las leyes de emergencia económica y la avalancha de amparos de 2001/2002.

En pocos días tribunales de distintos departamentos judiciales han rechazado pedidos de aplicación de la ley 24.390 para condenados por delitos de lesa humanidad.

Ello demuestra, una vez más, que el juzgamiento de los responsables de la represión y del terrorismo de Estado, resulta ser, justamente, una política de Estado, que refleja una opinión solida de la ciudadanía, que se ha mantenido a pesar del paso del tiempo, de crisis económicas y políticas diversas y del paso de gobiernos de distinto signo.

Puede apreciarse fácilmente la imposibilidad entre los integrantes de la Corte de llegar a un consenso, puesto que los criterios resultan contradictorios y no pacíficos, debilitando así una doctrina aplicable al caso que el tribunal intenta producir. Dicho extremo se ha constatado de inmediato en la proyección intra-judicial del fallo "Muiña": a las pocas horas de conocida la sentencia de la Corte, se han informado varias solicitudes de aplicación

de la ley 24.390 a otras personas detenidas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. Todos ellos fueron denegados negando, entre otros argumentos, valor vinculante al fallo de la Corte.

5. El fallo resulta contradictorio en la aplicación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y su articulación con las norma nacionales. Tal relación tortuosa ya se vislumbraba desde el reciente fallo Fontevicchia, del 14 de febrero de 2017, donde la Corte, con la única disidencia de Maqueda, relativizó la supremacía de los pactos internacionales constitucionalizados por sobre las decisiones de los tribunales nacionales. En Muiña no obstante, el voto de la mayoría cita pactos y tratados internacionales pero en el sentido garantista formal y descontextualizado ya referido, lo que en los hechos implica una falacia paradójica, puesto que el sentido último del fallo lesiona la protección que esos pactos tienen como objetivo de fondo, que es la persecución de los delitos de lesa humanidad con salvaguardas y restricciones precisas.

No sorprende la posición de Rosenkrantz, quien ya en artículos previos a su asunción como ministro, y en la audiencia ante el Senado cuando se trató su pliego de designación, se había mostrado poco amigable con la articulación entre las normas nacionales y los pactos internacionales, y esbozó ideas de consolidación del derecho autóctono que expresamente se encuentran en el voto mayoritario (7). Esto implica otra novedad en la línea jurisprudencial del tribunal.

6. Mención aparte merecen los párrafos con fallidas incursiones de análisis lingüístico del voto mayoritario. Si el tribunal incursiona en temas interpretativos, de carácter sintáctico, semántico y lingüístico, y más aún cuando se debate y se invoca la valoración social, es recomendable el auxilio de expertos semiólogos, so pena de cometer graves errores de interpretación. Luego las valoraciones de la sociedad implican claramente introducir sujetos interpretantes por lo que la relación semiológica que ello genera obliga al auxilio de expertos, así como se recurre a médicos, ingenieros, contadores o arquitectos en temas en los que los jueces requieren obviamente la expertise de los profesionales idóneos (8).

Me refiero a los párrafos en los que la mayoría expresa que "... la ley no exige esfuerzo de comprensión..." (considerando 7, 1º párrafo in fine); "... el uso del adverbio "siempre" en el texto del art. 2 del Código Penal da cuenta de la clara decisión del legislador..." (último párrafo del considerando 7).

La mención en el voto de la mayoría indicando que el cambio de valoración requerido para la aplicación de la ley más benigna está implícito en la ley 24.390, soslaya que el Parlamento Federal se expidió a través de la derogación y declaración de nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, del reconocimiento expreso de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad a través de la recepción constitucional de las convenciones internacionales contra un tratamiento ordinario de estos delitos, y de la ley 27.156, predecesora de la reciente 27.362, de modo que está ampliamente suplido lo que el voto mayoritario reclamó que debería existir como criterio o variable identificatoria de la valoración social, manifestaciones expresas del legislador y que ese, paradójicamente, es el criterio para no aplicar la ley 24.390, puesto que se trata de una norma general y/o para otros casos. Más claro aún, siendo que el legislador se expresó específicamente y en varias ocasiones sobre los delitos de lesa humanidad reforzando la valoración social que no admite su tratamiento como delito ordinario y por ello su castigo proporcional sin chance de reducción o conmutación.

La valoración está ampliamente manifestada para delitos de lesa humanidad, y su evolución, lejos de disminuir la intensidad del rechazo, lo ha profundizado y solidificado. Entonces, si claramente el legislador y la jurisprudencia han consagrado nada menos que la imprescriptibilidad, la máxima voluntad de persecución penal y que resulta de una variable de ajuste temporal de la persecución penal del Estado, no puede otra norma del mismo tenor epistémico-metodológico, que utiliza la variable de la extensión temporal de la pena, contradecirla, pues la concepción temporal "imprescriptibilidad" fulmina, por su extensión insuperable, a cualquier otra norma reglamentaria de reducción o conmutación de pena (2x1). Más aún si se trata meramente de una norma de raíz procesal-administrativa. Lo contrario, en el caso, el voto mayoritario en Muiña, resulta claramente incongruente.

La supuesta interpretación semántica del adverbio "siempre" queda subsumida en lo anterior, pues "siempre" será en tanto no exista una valoración específica para conductas identificadas expresamente y que merecen, desde antes de la sanción de la ley 24.390, una valoración negativa agravada. Esa interpretación literal fuera del contexto histórico social del país es francamente incomprensible e inadmisibles. Resulta difícil entender semejante

aplicación e interpretación esquemática y mecánica del sentido de las normas y valores en juego (9).

Sólo se explica por la decisión política de hacer visibles estos reclamos, y por la voluntad política de diferenciación en el tratamiento de los mismos respecto de la jurisprudencia y legislación del pasado reciente. Ello puede explicar la esforzada y enrevesada argumentación del voto mayoritario, disfrazada de decisión técnico-jurídica aséptica e inevitable.

De ningún modo esta es una decisión que, a pesar del reproche moral o ético que ha generado, deba ser tomado por imperio de la ley y de una interpretación técnica obvia aunque sea políticamente incorrecta.

La interpretación aplicada al caso es forzada y errada en términos semánticos y semiológicos. Contradice decisiones claras del Parlamento y de la relación semiótica de esos productos institucionales con la legitimidad y consenso que la ciudadanía ha prestado y sigue prestando a las políticas de derechos humanos, Ello implica, por ende, una política de Estado. Entendiendo por tal cosa, una decisión institucional que permanece en el tiempo más allá de coyunturas de signo político e ideológico y que son sustentadas por el cuerpo social en un plazo diacrónico suficientemente extendido, y respecto de las cuales las evoluciones nacionales e internacionales no han mutado, por el contrario, se refuerzan en el mismo sentido de las decisiones anteriores.

### III. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales externos a la Corte Suprema

1. No es el objetivo principal de este artículo agotar las vías de análisis, interpretación y/o aplicación técnico-procesal de normas aplicables al caso, sí al menos, describir certeramente que de ninguna manera la decisión tomada por la mayoría era una fatalidad jurídica-técnico-procesal que, aunque nos pese, y nos genere un dilema moral deberíamos aplicar igual, en pos de garantías procesales y de igualdad. Más aún, hubiera sido mucho más sencillo y consistente una decisión en el sentido inverso, para la que existen varias vías de análisis y argumentación mucho más sagaces, lúcidas y congruentes con las decisiones parlamentarias, con el consenso social y con la consistencia de una política de Estado de más de 30 años.

2. De allí que un hecho inexplicable técnicamente, desde el plano jurídico-procesal, que no era fatal en términos de inevitabilidad de su ocurrencia, requiera explicaciones o hipótesis fundadas que se deberán hurgar en otros campos.

¿Por qué la mayoría votó de ese modo tan forzado e incongruente?

¿Qué ha llevado a estos jueces a resolver en el sentido que han resuelto, a contrapelo de la jurisprudencia de la propia Corte, de la de los jueces de tribunales de instancias inferiores, de las respuestas de los legisladores, de los representantes políticos y de la ciudadanía?

Luego, los análisis a los que se les podría achacar el mote de teorías conspirativas, dejan de serlo, para pasar a ser hipótesis de trabajo sustentables para confrontar.

¿Es casual que los 2 jueces designados por el actual gobierno, formando mayoría con la jueza que resiste, vía recurso amparo, el vencimiento del plazo constitucional por el que debería renunciar a su cargo, inexplicablemente no apelado por el fiscal del caso, den el voto mayoritario a una decisión que contradice claramente la política de derechos humanos del gobierno anterior, o al menos la imagen que, en el imaginario colectivo se tiene de ella?

¿En qué medida la necesidad electoral de diferenciación y de mantención del electorado propio, caracterizado de alguna manera, ha influido en alentar esta decisión?

¿Qué relación tienen las distintas acciones discursivas y, en algunos casos, normativas previas a este fallo que, de diversas maneras han reinterpretado hechos y relatos en torno a la política de derechos humanos y a la represión de Estado y al estatus de los detenidos desaparecidos, han sido exteriorizadas desde el gobierno a través de funcionarios importantes y pertenecientes a agencias variadas, no relacionadas con el área de derechos humanos ni con el del Poder Judicial?

Insisto estas preguntas, que podrían ser tildadas de conspirativas, dejan de serlo ante las inexplicables incongruencias de la sentencia.

¿Y si lo descripto formara parte de una operación política de cambio de paradigma en el discurso

gubernamental respecto a la interpretación de los hechos represivos de los '70 y '80, y de la posterior acción estatal de consolidación de políticas de derechos humanos y enjuiciamiento de los represores y de los delitos de lesa humanidad? En ese caso, ¿efectivamente el gobierno actual se ha beneficiado?

¿O el revuelo y polémica causados en todos los ámbitos posibles e imaginables le ha generado un pésimo efecto, totalmente contrario a lo previsto?

¿Podría sostenerse ello en virtud de que el propio gobierno se apresuró a facilitar y/o impulsar la sanción de la ley 27.362 que viene a poner límites y/o a contradecir la interpretación del voto mayoritario?

¿Pero, realmente, el gobierno no obtuvo, a pesar del rechazo y la polémica, un resultado neto positivo de diferenciación y posible polarización electoral con lo ocurrido? [\(10\)](#).

¿Los ministros de la Corte que produjeron el voto mayoritario nunca sospecharon el rechazo que este fallo iba a causar en la Argentina y en el mundo?

¿Acaso responden a un sentir extendido pero silencioso, una mayoría o importante minoría, oculta, tal cual la denominada teoría de la espiral del silencio explica? [\(11\)](#).

¿Acaso funciona una mayoría silenciosa sujeta a la teoría de la espiral del silencio que no se manifiesta por ser políticamente incorrecto y que clama, subterráneamente, por amnistías, indultos, reducción de penas?

¿Si esto fuera así y se tratara de un colectivo reprimido en su opinión por factores endógenos y exógenos, cómo se ha manifestado para lograr esta conducta llamativa de los jueces en su sentencia?

¿En qué medida el Parlamento percibió el peligro o posibilidad en ciernes de fallos como Muiña, a contrapelo de las políticas de derechos humanos, cuando el 1 Julio de 2015 sancionó la ley 27.156 denominada de Prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas en delitos de lesa humanidad? [\(12\)](#).

¿Implica una novedad legislativa que genere algún cambio, reforzamiento, o sustento jurídico-técnico mayor al previamente existente, el aportado por la ley 27.362 del 10 de mayo de 2017, denominada: Conductas delictivas - Delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra - Cómputo de penas establecido por el art. 7 de la ley 24.390 - Inaplicabilidad - Norma complementaria de la ley 27.156?

¿Acaso estamos ante una sentencia estratégica para poner en marcha mecanismos visibles de dialogo interinstitucional y obligar al parlamento a una palabra contundente en la convicción de que aún no la había dado?

Es una práctica bastante usual en los tribunales ordinarios y de instancias inferiores. Los jueces aplican la ley en interpretaciones más o menos literales aunque arrojen consecuencias indeseables y dejan a los órganos de mayor responsabilidad que hagan interpretaciones más sofisticadas, novedosas o creativas, en una suerte de delegación cualitativa de decisiones complejas.

Hay excepciones, como en el caso de las leyes de emergencia económica donde hubo una suerte de rebelión de los tribunales inferiores que no seguían ninguna de las sentencias indicativas de la Corte a fin de consagrar la validez constitucional de las leyes de emergencia y pesificación. Este caso podría seguir el mismo camino.

También se ha observado últimamente, una suerte de delegación de decisiones que son claramente del ámbito político hacia la jurisdicción, una suerte de judicialización de la política pero en sentido inverso a lo sospechado y consagrado por la doctrina internacional, cuando se dice que los perdedores políticos son los que judicializan aquellos hechos en los que no pueden influir, justamente, a causa de su derrota electoral. Parece ser que, según la doctrina alemana y española, las cooptaciones de agencias judiciales para la consecución de fines políticos, no son monopolio argentino [\(13\)](#).

La crisis de legitimidad de la política, de las instituciones políticas y de sus agentes, léase, de los partidos políticos y de los políticos, hace que ante situaciones complejas prefieran ceder la decisión en órganos jurisdiccionales a fin de evitar los costos políticos de tomarlas por sí y así espantar posibles apoyos electorales.

3. Está claro que el Parlamento, y los partidos políticos con representación parlamentaria, se apresuraron a devolver la brasa ardiente que el voto mayoritario de la Corte en Muiña les había enviado (considerandos 7 y 10 del voto mayoritario y considerando 11 del voto concurrente de Rosatti), con la urgente sanción de la ley 27.362.

Y es un gesto político significativo del que nadie quiso quedar apartado.

Pero si el voto de la mayoría fue impermeable al cuerpo normativo previo, esta nueva ley no agrega nada que no existiese antes, por ende no parece razonable esperar que la Corte se desdiga por esta novedad legislativa. Más aún, se puede suponer que los letrados de los condenados por delitos de lesa humanidad ya se encuentran trabajando con entusiasmo en los escritos que plantearán la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de esta ley y su irretroactividad.

4. En algún punto, las hipótesis especulativas en torno a desentrañar si lo que ocurrió fue planificado y producto de una acción racional tendiente a un fin determinado, o producto de la improvisación y el amateurismo, resultan irrelevantes y ociosas.

¿Acaso primó la falta de previsión, la falta de diálogo y de comunicación institucional, y/o de la ineficacia e impericia y/o la falta de capacidad y comprensión para desempeñar cargos que requieren responsabilidades agravadas, y miradas estratégicas superadoras de la mera función ordinaria del administrador de un caso común entre privados.

Dicho de otro modo, los actos improvisados o amateurs suelen provocar efectos similares a los malintencionados de toda especie. Ergo, nos encontraríamos ante la opción explicativa mala o ante la opción pésima. El fallo fue producto de la impericia e incomprensión del cargo y responsabilidades que se detentan y de su responsabilidad compleja y sofisticada. O fue producto de una decisión política destinada a dar una respuesta a contrapelo de lo que la mayoría de la sociedad argentina y sus instituciones han establecido en forma extendida diacrónicamente, y con variadas expresiones institucionales, como política de Estado.

El rol "iluminado" de la Corte registra otros antecedentes, al menos en un caso, confesado por el propio ministro Petracchi: "... Hay que reconocer que desde el punto de vista de lo que es el país, esta Corte ampliada de los '90 es más representativa de lo que es la totalidad de la población, de nuestra idiosincrasia... ya que la Corte de los años '80 producía fallos que no se condecían con lo que es nuestro pueblo. Estos fallos liberales en los que yo votaba unas veces con Bacqué y Belluscio (caso "Bazterrica", sobre la droga) y otras con Bacqué y Fayt (caso Sejean sobre divorcio) eran menos representativos de lo que era el país, por su contenido revolucionario en comparación con muchos de los fallos de la Corte actual...". Se refiere a la Corte ampliada, en 1990, a 9 miembros, durante el primer gobierno de Menem.

Resulta muy llamativo de la declaración de Petracchi el reconocimiento que los fallos de "... la Corte de los años 80 (...) no se condecían con lo que es nuestro pueblo...". Ignoro la veracidad, certeza y rigor sociológico de la apreciación de Petracchi, no sé cuál es la fuente estadística que le permitió afirmar que la Corte más conservadora de los '90 resultó ser más representativa que la Corte "revolucionaria" de los '80, pero tal cuestión no es relevante para lo que sigue. Lo cierto es que a pesar de creer Petracchi que los fallos que impulsó en los '80 no resultaban representativos, o resultaban poco, o menos representativos de la idiosincrasia de la población, igual votó en ese sentido. No interesa para este comentario nuestros gustos o ideologías personales, sólo hacer hincapié en lo paradójico y polémico del comportamiento de la Corte que, aún a sabiendas que establecía una jurisprudencia poco representativa de la idiosincrasia de la población, igual avanzó con ella. En este caso fue en sentido de una jurisprudencia más progresista que la media de la población, en otro escenario podría ser a la inversa. La cuestión es relevante para insistir con lo problemático de la atribución de la última palabra a la Corte y su carácter poco democrático.

Un juez que decide de acuerdo a su gusto, ideología o convicción, sin reparar demasiado en la representatividad y consenso que puede tener su fallo (14).

Creo que la situación análoga es interesante para la comparación, pues se trató de una "iluminación" de otro signo ideológico y político y en otros tiempos, pero que expone plenamente la tensión subyacente en las decisiones de un alto tribunal si actúa insularmente, ignorando los desarrollos de las teorías de la cooperación e interdependencia y diálogo institucional, y de la comprensión de que el poder del Estado es uno sólo, dividido funcionalmente, y que por ello sus instituciones deben, necesariamente, trabajar de modo interrelacionado (15).

#### **IV. La sentencia y sus efectos políticos e institucionales internos hacia la propia Corte Suprema**

En este apartado quiero destacar tres aspectos que hacen al funcionamiento de un tribunal de última instancia como nuestra Corte, y que se ven afectados y relacionados por una decisión del tipo y relevancia de Muñiz.

1.- Las características técnicas recomendables para la designación de los jueces de un tribunal de última instancia.

2.- La conformación y clase de los debates dentro del tribunal y de los votos unánimes y con disidencias.

3.- El liderazgo dentro del tribunal.

1. Las características técnicas recomendables para un juez de Corte Suprema o Tribunal Constitucional que sea la última palabra jurisdiccional en interpretación y ejercicio de control de constitucionalidad (16).

Es un tema de capital importancia, nunca debidamente resuelto a pesar de que fue uno de los paradigmas que el decreto 222/03 impuso para el proceso de designación de ministros en la Corte

¿Qué características técnicas resultan las más adecuadas?

¿Cómo influyen las características técnicas y personales de los magistrados en su performance y en el sentido de sus votos?

Equiparo aquí, para el análisis, a los denominados jueces constitucionales de la justicia constitucional en sentido estricto, esto es, los jueces de tribunales constitucionales en sistemas donde funciona el control concentrado de constitucionalidad. Y ello porque la relevancia del fallo en crítica se asemeja a la función sensible y compleja que confronta a los jueces con los otros poderes políticos del Estado. Pues, si bien en el caso concreto Muiña, no hay control de constitucionalidad, hay una clara confrontación entre la interpretación del voto mayoritario y las políticas que desde las institucionales estatales normativas se ha dado para los delitos de lesa humanidad.

Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad y de última palabra jurisdiccional.

Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben resolver normalmente los jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad.

Además de los requisitos que comúnmente se exigen a los jueces ordinarios, el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del ejecutivo y del legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

El enunciado, por sí mismo, ya refleja la tarea de alta complejidad que un juez de este tipo de tribunal debe afrontar, pues tendrá ante sí, una variedad de temas complejos y diferenciados para los cuales se requieren capacidades específicas, y que resultan difíciles de encontrar en una sola persona.

Según Böckenforde: "El juez constitucional no puede ser valorado con el mismo parámetro que se emplea para medir al juez ordinario civil o penal. En primer lugar porque se ocupa de un derecho como es el derecho constitucional que reparte posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político y por tanto el objeto sometido al examen de esta jurisdicción viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político. En segundo lugar porque las partes procesales suelen ser órganos constitucionales o supremos titulares del poder político. Y por último, porque sus decisiones están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico legal existente, es decir tiene menos apoyo en el sistema jurídico de lo que tiene la jurisdicción ordinaria, lo que termina por requerir un mayor apoyo institucional que en gran medida supone contar con un grado muy alto de consenso y legitimidad social" (17).

Un juez constitucional, en general, deberá enfrentar y resolver tensiones e implicancias relacionadas a:

a. Interceder en las relaciones de poder y de conflicto entre la justicia constitucional, el poder legislativo y el poder ejecutivo.

b. Expandir o no, y en su caso hasta dónde, el llamado "activismo judicial" y el achicamiento del campo de las denominadas "cuestiones políticas no justiciables".

c. Desarrollar las tareas de hermenéutica e interpretación articulada entre la constitución y las normas infraconstitucionales.

d. La relación con la jurisdicción judicial ordinaria en la que se plantean problemas derivados de la especial posición institucional del TC, particularmente a través de las cuestiones de inconstitucionalidad.

e. El desarrollo e interpretación de los derechos fundamentales, que se ha transformado en la actividad jurisdiccional que ocupa la mayor parte de la actividad del TC, a través de la vía del recurso de amparo.

f. El rol fundamental que la justicia constitucional desempeña en la construcción y consolidación de la organización y distribución territorial del poder.

La compleja tarea de selección de personal tan calificado e idóneo, en una serie de tareas y acciones jurisdiccionales que no resultan del todo congruentes, y que mezclan y superponen especificidades que sería recomendable desagregar, supone, previamente, una aguda definición del rol que se depara a un tribunal de esta instancia en la ingeniería y diseño institucional del Estado.

"Todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe identificar adecuadamente el perfil del magistrado constitucional..." (18).

Ello, a fin de evitar procesos de selección de jueces "catch all court" (19) -una suerte de Tribunal de Justicia "atrapatodo"- a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, en algunos casos contradictorios y excluyentes, que son designados como si dicha diversidad de clivajes incidiera de algún modo positivo en la producción del Tribunal.

Dicho de otro modo, circulan ideas que proponen cierto tipo o modelo de Tribunal, con una esperada y determinada producción del mismo -tanto cuantitativa como cualitativamente-; pero se esgrimen para ello argumentos de selección de los jueces incompatibles con esas mismas ideas.

Por supuesto que está fuera de discusión el umbral mínimo de selección, que debe responder a criterios de idoneidad, capacidad técnica, honestidad y antecedentes profesionales y académicos suficientes. Generalidades que no admiten mayor debate pero que, desagregadas para moldear un tribunal eficaz y funcional, presentan no pocas cuestiones.

El debate plantea varias dicotomías posibles:

- i) ¿Son recomendables magistrados de carrera judicial o académicos?
- ii) ¿Expertos en derecho público o privado?, y luego, ¿en qué materias específicas del derecho?
- iii) ¿Con ideología progresista o conservadora? ¿Identificados con los partidos políticos que los proponen o no?
- iv) ¿Con alguna identificación por estratificación social? ¿Qué reflejen la composición económico-social de la población?
- v) ¿Qué reflejen la composición de la sociedad considerando la cuestión de género?
- vi) ¿La procedencia regional por nacimiento o por capacitación merece alguna consideración?
- vii) ¿Qué cantidad de magistrados para responder a cuáles de estos clivajes?
- viii) ¿Algunos de estos clivajes de selección inciden en la producción del tribunal?
- ix) ¿Hay corroboraciones empíricas de que algún criterio de selección produzca resultados diversos en algún sentido?
- x) ¿Es posible encontrar personal calificado en tan disímiles facetas?

A toda esta variedad de matices, conflictos y tareas le debe dar respuesta el juez de una Corte Suprema. Por ello un juez de este tipo "... requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política" (20).

El decreto del Poder Ejecutivo Nacional 222 del 20 de junio de 2003, titulado "Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de

la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", recogió entre otras inquietudes de ONGs y especialistas en la materia, la de tener en consideración al momento de proponer un candidato para ocupar la Corte Suprema, las diversidades de género, de especialidad y la procedencia regional en pos de una eficaz representación federal.

En un escenario tal, de reflejo-espejo representativo de la composición social, esa Corte tendría que contar con un número de jueces muy superior. Para mayor incongruencia obsérvese que el mismo gobierno que sancionó el decreto 222, impulsó la sanción de la ley 26.183 que reduce al número de 5 los miembros del tribunal. La disminución de miembros implica una merma de la representatividad y democraticidad pretendida por el decreto 222/03. Cómo representar con 5 miembros la cuestión de género, el federalismo, las diversas ideologías socio-jurídico y políticas plausibles de representar en la Corte, incluso el clivaje de la extracción socio-económica de los jueces.

En ese escenario deficitario el voto menos sorprendente es el de Rosenkrantz. A la ya referida posición refractaria a la constitucionalización de los pactos y tratados internacionales y su relación con las normas nacionales, deben sumársele algunas contundentes afirmaciones en la audiencia de tratamiento ante el Senado de su pliego de designación (21). Se manifestó contra la especialización técnica en el tribunal. Su campo de expertise es el de la filosofía del derecho aplicada a la teoría constitucional, como él mismo definió en la audiencia. Sin embargo tiene una fuerte característica profesionalista, entendiendo por tal cosa, su dedicación al ejercicio de la profesión. Integraba un Estudio de prestigio y, en esa función, ha sido un abogado corporativo representando grandes empresas de distintos rubros. También se observa en su producción académica y docente un marcado sesgo hacia el derecho privado. A ello se le debe sumar su cargo de Rector en la Universidad de San Andrés desde 2008. Quienes hacemos vida académica sabemos fehacientemente que los cargos directivos suelen llevarse mal con la producción e investigación académica. Se trata de una elemental carencia de tiempo material suficiente para desarrollar ambas tareas, que son bien diferentes, contemporáneamente. La tarea de gestión resulta ser muy absorbente y limita fatalmente el tiempo disponible para la tarea de investigación y producción teórica. Ello parece correlacionarse con lo observado en los CVs de Rosenkrantz disponibles en la red.

En síntesis, su perfil técnico no resulta sencillo de catalogar, posee características académicas y profesionalistas, de especialidad civilista, pero no es ajeno a la filosofía del derecho. Ello puede explicar su opinión contraria a las especializaciones, las que son recomendadas por extendida y prestigiosa doctrina nacional e internacional para una Corte Suprema, como hemos visto en este apartado. También repitió, al menos 3 veces, que los jueces no deben hacer política ni deben pretender gobernar; que deben buscar en los precedentes y no pretender ser originales, pues ese rasgo que puede ser virtuoso en la academia se transforma en un defecto en un cargo como el de juez de la Corte Suprema. De sus dichos se podía inferir e intuir una predisposición a la recuperación de las cuestiones políticas no justiciables, para que estas se diriman en la arena política como su ámbito natural. Sin embargo todo lo que emana de su presentación ante el Senado tiene una difícil articulación con su voto en Muiña. No obstante es, de los 3 jueces que integraron la mayoría, quien menos sorpresa genera con su voto.

El caso de Highton es muy llamativo pues contradice sus votos precedentes en la materia.

Pero el voto más sorprendente es el de Rosatti, no solo por sus sorprendentes expresiones culpógenas de los considerando 11, 12 y 13, también por su claro perfil publicista. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal y que ha desempeñado altos cargos en la administración pública. Ha sido Ministro de Justicia, Procurador general del Tesoro e Intendente de la ciudad de Santa Fe.

2. La clase y calidad de los debates dentro del tribunal y de la conformación de la votación. Unanidades y disidencias.

La relevancia del caso Muiña en relación a este apartado se correlaciona con el modelo de deliberación. Con las razones de los votos de los integrantes de la mayoría, el contexto, el carácter de votación dividida en la cual la propia mayoría registra un voto concurrente, y la disidencia se conforma con dos votos concurrentes en el mismo sentido. Luego, y como consecuencia de ello, un fallo altamente dividido, que no arroja un mensaje claro y contundente a la sociedad, sobre un tema muy sensible, y que podría modificarse rápidamente dada la precaria

mayoría alcanzada tanto, la obtenida en el resultado, como la obtenida en las razones y argumentos vertidos.

Rosenkrantz tuvo también una muy sugerente intervención en la audiencia ante el Senado cuando se manifestó a favor de la importancia de votos homogéneos en un tribunal como la Corte Suprema, y al beneficio de evitar, no solo las disidencias, sino los votos concurrentes que, sostuvo, muchas veces son tan o más problemáticos que las disidencias por las diferencias que encubren y que impiden el desarrollo de una doctrina de la Corte congruente y sólida. La cita no es textual pero el sentido es inequívoco y puede chequearse en los archivos de la audiencia del que se aporta el link en este trabajo. También mencionó en tono crítico, la facilidad con que los jueces se apartan de posiciones precedentes, aun siendo conscientes de que la jurisprudencia de la Corte en la Argentina no es vinculante. Son estas posiciones asumidas en abstracto ante el Senado, reveladoras ahora, a la luz de su voto en el fallo Muña.

¿Cómo deliberan los tribunales constitucionales y Cortes Supremas?

¿En qué medida y forma, las características de esas deliberaciones, afectan las decisiones?

Hay tribunales como la Corte Suprema de Estados Unidos, en los que la toma de decisiones aparece muy poco deliberativa, y por ello la comunicación entre los magistrados afectada.

Lo opuesto ocurre, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Las decisiones de los dos Senados del tribunal, integrado por 8 miembros cada uno, están basadas en extensos debates y discusiones orientadas al logro del consenso. La toma de decisiones, incluyendo la producción de las razones que las sustentan, es una empresa muy colaborativa en el Tribunal alemán, y todas las decisiones relevantes son tomadas por los jueces en reuniones compartidas como un verdadero tribunal colegiado.

Dos modelos históricos diferentes en el proceso de toma de decisiones en tribunales colegiados (multi-miembros), pueden ser distinguidos y dan forma a las prácticas judiciales hasta estos días.

El primero, históricamente el más antiguo, es el modelo *seriatim*. En la versión pura y original de este modelo, todos y cada uno de los jueces producen su propia opinión. Uno podría decir que no hay juzgamiento "del tribunal" como tal. Sólo hay juzgamientos individuales de cada uno de los miembros del tribunal. Luego la sumatoria de los votos en uno u otro sentido propuesto.

El segundo modelo es el modelo *per curiam*. Aquí, el tribunal, decide de modo colegiado. En la versión original de este modelo, los jueces individuales no aparecen identificados con sus votos u opiniones, tampoco serán comunicados los resultados de la votación al público. La decisión *per curiam*, por lo tanto, necesita ser preparada *in camera*. En cierto modo, los dos modelos puros se han aproximado. Eso no quiere decir, sin embargo, que las diferencias institucionales entre las dos tradiciones hayan desaparecido. Las Cortes, en las dos tradiciones, aún difieren típicamente en la manera en que responden a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el objeto primordial de la votación judicial?

¿Para qué se necesita una mayoría?

En la tradición del Common Law los jueces votan sobre el resultado de los casos, y solamente en ese ítem —no con respecto a las razones— es requisito una absoluta mayoría. Esto se manifiesta en la existencia del así llamado *plurality judgments*, donde los jueces por la mayoría, respecto al resultado, pueden estar divididos respecto de *rationes decidendi*.

Por contraste, las cortes en la tradición *per curiam*, tienden a estar más involucrados o al menos igualmente involucrados acerca de las razones. Dejando de lado algunas excepciones, parece característico que ellos necesitan una absoluta mayoría también para las razones de sus decisiones.

¿Es necesaria la mayoría por las razones solamente, o por ambas: razones y resultados?

Esta interesante pregunta por la votación sobre las razones y la votación sobre los resultados es lo que preocupaba a Rosenkrantz, pues no necesariamente arrojan idénticos resultados. Dicho de otro modo, hay desarrollos de votos que en sus considerando parecen encaminarse hacia un destino, pero que, sinuosamente, terminan contabilizándose en el sentido contrario a la lógica de su desarrollo.

¿Deben las legislaturas y los tribunales procurar establecer los marcos institucionales y legales que promuevan

la toma de decisiones colegiada y deliberativa?

La necesidad creciente de un proceso de toma de decisiones deliberativo es un fenómeno concomitante a la complejización del sistema normativo.

Ésta es una cuestión de máxima relevancia, la calidad de la toma de decisiones judicial, su calidad integrativa, su potencial pacificador de una sociedad sobrecargada de cuestiones políticamente polémicas, para neutralizar la polarización que genera la política. En cuanto a esto, los tribunales con una práctica deliberativa y colegiada de toma de decisiones serán mejores que las cortes que no hacen esfuerzos colectivos para encontrar puntos en común.

Ante la desigualdad creciente y las actuales tendencias hacia la polarización política de las instituciones, los tribunales constitucionales también deberán mejorar su potencial integrativo. La toma de decisiones deliberativa, y, como un requisito previo, reglas y prácticas diseñadas para promover una cultura de deliberación, es la llave para progresar en esa dirección [\(22\)](#).

En este esquema, ¿dónde situaría el lector al fallo Muiña? ¿Hubo deliberación? ¿Se ha tratado de una decisión colegiada? ¿Cómo se relaciona el fallo con los precedentes del propio tribunal? ¿Se ha hecho el esfuerzo argumentativo requerido para un cambio de jurisprudencia? ¿Es una decisión sólida, existiendo 4 razonamientos diferentes en su argumentación, que se subsumen en dos grupos de votos, uno a favor de la revocatoria, el otro a favor de la confirmación de la sentencia apelada?

¿Hay ahora una doctrina del tribunal para estos casos, a diferencia de la razón del voto mayoritario que sostuvo que no la había hasta ahora?

La falta de homogeneidad del voto en sus razonamientos y argumentaciones y, además, lo ajustado de la mayoría, nos enfrenta a un voto de alta precariedad en un caso que requería esfuerzos supremos de deliberación y consenso.

¿Se puede creer que estos casos están resueltos con una sentencia como la ofrecida por la Corte a la sociedad?

El objetivo de obtener fallos unánimes, que demuestren un consenso sólido en la interpretación y decisión fáctico-jurídica que una Corte adopte en cuestiones trascendentes y conflictivas, si bien plausible, desde la perspectiva de la gobernabilidad y eficacia del funcionamiento del sistema político, puede ser también analizado desde una perspectiva negativa. La cuestión reviste gran importancia desde un abordaje no solo jurídico, sino además politológico y/o de sociología institucional que se preocupe por el aporte que, a la gobernabilidad del sistema político democrático, debe realizar la jurisdicción. Un difícil y precario consenso en las decisiones del tribunal, debilitan la necesaria "doctrina o derecho judicial" que el máximo tribunal debe producir y que es esperada por los tribunales inferiores a fin de resolver jurisprudencia contradictoria y/o conflictiva.

El voto en disidencia (dissenting vote) o voto particular o discrepante, como se lo denomina en España, presenta desde siempre posiciones contradictorias y no pacíficas, en relación a su procedencia, su carácter conducente y su efecto positivo o negativo para la evolución de la jurisprudencia, para la legitimidad del sistema, para la óptima relación entre los miembros del tribunal en cuestión y para la eficacia de su producción, de sus sentencias. Entendido esto último, no solo hacia el propio sistema judicial, en tanto unificación o fragmentación de la jurisprudencia, sino también, por el efecto que las sentencias producen en la sociedad civil en general cuando, tratándose de casos de relevancia y trascendencia pública, implican desde el sistema judicial la generación de mensajes en forma de decisiones judiciales claras y contundentes, incluso en ocasiones, pacificadoras, o la idea de una discusión abierta, no zanjada y que podría haber arrojado, o que podrá arrojar en el futuro, soluciones diferentes desde la judicatura.

A pesar que el voto discrepante no genera efecto jurídico inmediato alguno en la sentencia dentro de la cual se redacta, se teme que las disidencias ofrezcan un producto debilitado, más endeble y precario. Así, una sentencia no unánime, con uno o más votos particulares, discrepantes o en disidencia, quitarían solidez al principio deseable de la seguridad jurídica. Por ello, para qué mostrar a la sociedad las vicisitudes o vericuetos de una sentencia judicial que puede aplicar la ley en más de una forma o sentido, dando cuenta que la ley y la justicia pueden significar cosas distintas dependiendo qué dicen, quiénes y en cuáles circunstancias.

Entre otras críticas usuales a los votos discrepantes, encontramos aquellas que los observan como una manifiesta irreductibilidad o incapacidad de negociación en detrimento de la solemnidad y autoridad que se requieren de las instituciones judiciales. Dicho de otro modo, para la consecución de decisiones unánimes en un tribunal colegiado, se requieren negociaciones entre las posiciones y la capacidad de ceder, a fin de alcanzar sentencias consensuadas lo más próximas posibles a los juicios individuales. Ello, más aún, en los casos siempre relevantes que decide un alto tribunal con la última palabra.

Entre los motivos más frecuentes por los cuales los jueces emiten un voto en disidencia se encuentran aquellas posiciones que no se pueden, o no se desean "negociar", ya sea por convicción, y/o por formación cultural y técnica.

En sentido contrario, se esgrime el control de calidad que implica el debate interno del tribunal, y la construcción de argumentos alternativos y contradictorios los que, expuestos con rigor, someten a la crítica argumentativa a la posición mayoritaria. Así las decisiones son valoradas y apreciadas debidamente en contraposición con argumentos diferentes, con los que deberá confrontar, y a los que deberá resistir y superar.

Se sostiene también que en los votos en minoría o disidencia descansa el futuro cambio de jurisprudencia que puede generarse por diversas cuestiones. Por ejemplo, un cambio en la moral media de la población que puede ser recogido por los jueces; un cambio de signo político y/o ideológico que, reemplazo mediante o aún sin él de los magistrados del tribunal, produce un cambio de sentido en la jurisprudencia sobre algún tema o materia legal en particular; un diferente contexto político y social que permite revisar sentencias anteriores generadas en contextos en extremo conflictivos.

Pero los jueces deben, al mismo tiempo, ajustarse a lo que ya se ha decidido en el pasado y se ha institucionalizado en forma de precedentes jurisprudenciales. La doctrina del respeto a los precedentes o antecedentes jurisprudenciales cuenta con prestigiosos defensores. Cass Sunstein los ha defendido considerándolos puntos fijos en torno a los cuales debe desarrollarse el discurso jurídico-constitucional.

En EE.UU. la jurisprudencia sentada por la Corte es obligatoria para los tribunales inferiores (*stare decisis*), mientras que en Argentina es casi lo mismo, ya que si bien no hay *stare decisis* formal, si el tribunal inferior no aplica la jurisprudencia de la Corte, la parte afectada puede llegar hasta ésta e intentar, en base al precedente, la revocación de la sentencia. Además, lo usual es que los tribunales inferiores la apliquen -aun cuando no estén de acuerdo, *brevitatis causa* y, en cuyo caso, suelen dejar constancia de la opinión propia-. Aunque ya nos hemos referido a casos que implicaron una rebelión de los tribunales de instancias inferiores y que pareciera estar despertando el mismo efecto luego de Muiña.

En pos de mensajes claros a la sociedad, la unanimidad sería el optimum de una sentencia, si no es posible lograrla, al menos debe procurarse para lograr el máximo consenso posible. El recurso al voto mayoritario con disidencias, es el remedio extremo para superar un defecto: la incapacidad para generar consenso sobre los argumentos propios y la indisponibilidad para dejarse convencer por los demás.

Las decisiones muy divididas siempre dejan un sentimiento de insatisfacción, de deber no cumplido, de arbitrariedad. La deliberación debería arribar a acuerdos superadores.

Dentro de los votos concurrentes o particulares, puede generar entre los jueces más susceptibilidad interna el voto concurrente, o "por su voto" o "según su voto" en la denominación argentina, que el voto discrepante o disidente. Este último implica sin soslayo un desacuerdo insalvable con la decisión mayoritaria. En cambio al concurrente se lo acusa de innecesario, de fuente de confusión y de demostración de debilidad en la capacidad negociadora del Tribunal. También el "vedetismo" de aquél que lo emite solo para dejar a salvo alguna arista en la fundamentación. Que algunos magistrados emitan permanentemente votos singulares, es sospechado de falta de vocación y capacidad de trabajo en equipo (23).

En general, se encuentran en el derecho comparado, dos tipos de sistemas de tratamiento de las disidencias que pueden esquematizarse en torno a las ideas de transparencia, o del denominado "secretismo", para sustentar la legitimidad judicial.

Las ideas basadas en la transparencia judicial, el debate y control público son comunes en los países del

derecho anglosajones, particularmente en USA y Canadá, y en algunos países latinoamericanos, particularmente Argentina donde existe un sistema de Judicial Review similar al de USA y Canadá. En estos casos la unanimidad judicial solo se logra si hay acuerdo entre los jueces, caso contrario, los votos disidentes se expresan libremente y son dados a conocer públicamente en las sentencias y en las publicaciones especializadas.

El denominado "secretismo" relaciona la legitimidad de las decisiones judiciales, no con la transparencia y publicidad, sino con la profesionalización y jerarquía de la judicatura (24).

Es el sistema presente en varios países de Europa, donde las sentencias se muestran siempre como unánimes y las opiniones disidentes no son publicadas. Es un sistema de unanimidad forzada. Son los casos de Francia, Italia, Grecia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda.

En el Tribunal Constitucional Federal alemán solo los jueces emiten y suscriben públicamente un voto en disidencia ante casos que, por su relevancia y/o por el compromiso académico o técnico del magistrado, le impiden no manifestarse expresamente en disidencia. Sin embargo, muchas otras disidencias que ocurren en el seno del tribunal, no son ventiladas ni publicadas, porque los jueces discrepantes prefieren no hacerlas públicas por motivos de preservación de la imagen de solidez del tribunal, o para no mostrarse contrarios a las opiniones de sus pares. En España y Argentina las discrepancias son expuestas públicamente con más asiduidad. En Canadá, tal cual la tradición anglosajona, los dissentig votes son valorados positivamente.

Datos comparados obtenidos en el marco de un proyecto de investigación que dirijo, arrojan que los tribunales y cortes de última instancia, si bien con matices, presentan altos porcentajes de unanimidades. En promedio, la Corte Suprema de Canadá, en los 20 años que abarcan el período 1994 a 2013, tuvo un porcentaje de unanimidades por apelaciones juzgadas del 73%.

La Corte Suprema Argentina, para el período 1983-1998, presenta un porcentaje de sentencias unánimes en materia de declaración de inconstitucionalidades, que oscila de acuerdo a la jurisdicción nacional o provincial entre el 79 y el 73%.

La misma evolución se observa en la producción del Tribunal Constitucional en España, que registra porcentaje de unanimidades en torno al 70% (25).

El Tribunal Constitucional Federal alemán presenta decisiones con votos unánimes en el altísimo porcentaje del 93 %, para el período 1971-2013, si bien debe considerarse lo ya dicho respecto a lo restrictivo de la publicidad de las disidencias en Alemania.

La Corte en su nueva conformación completada con la designación de Rosatti y Rosenkrantz, ha producido la serie de fallos referida al inicio de este artículo, con una composición de sus votos que parece no reflejar los porcentajes históricos y comparados de unanimidades. Habrá que seguir la evolución de la cuestión que, al menos por ahora, indica la presunción de que no se corresponde con el comportamiento histórico del tribunal. Los fallos recopilados permiten observar una alta fragmentación en los votos de los actuales ministros, al menos en los casos de trascendencia institucional y jurídica recolectados. Son pocos, pero también es poco el tiempo transcurrido con esta formación de Corte.

Continuará...

Fecha	Caso	Votación	Ministros	Tema
18-8-16	CEPIS	Unánime	Lorenzetti, Highton, Rosatti* y Maqueda*	tarifas de gas -
14-2-17	Fontevicchia	Mayoría Disidencia	Lorenzetti, Highton, Rosenkrantz y Rosatti* Maqueda	Supremacía constitucional tratados y trib. internacionales
28-3-17	Schiffrin	Mayoría Disidencia	Lorenzetti* Maqueda* Rosatti* Rosenkrantz	límite edad 75 años p/ jueces -
28-3-17	Villamil	Mayoría Disidencia	Lorenzetti, Highton Rosenkrantz Maqueda* Rosatti*	prescriptibilidad accs. civiles c/Estado x delitos lesa humanidad
18-4-17	Alespeiti	Mayoría Disidencia x 280	Maqueda* Rosatti* Rosenkrantz* Lorenzetti, Highton	arresto dciliario. p/represores -
3-5-17	Muiña	Mayoría Disidencia	Rosenkrantz, Highton Rosatti* Lorenzetti* Maqueda*	conmutación de penas delitos de lesa humanidad

\* voto concurrente o por su voto

### 3. El liderazgo dentro del tribunal.

Una situación relevante y de interés es la del liderazgo del tribunal. Lorenzetti ejerce la presidencia desde el 1 de enero de 2007, hace más de 12 años. Pero además le impuso a la Corte su sello personal de liderazgo, con apariciones y rituales que la hacen identificable con su presidencia. Tal liderazgo parece estar en puja a partir del ingreso de los dos nuevos ministros. Ello ya se vislumbraba con la seguidilla de fallos descriptos en el cuadro anterior, donde proliferan los votos concurrentes, las disidencias y donde el propio presidente ha quedado en minoría en dos sentencias relevantes, Alespeiti y Muiña. Pareciera que uno de los efectos del fallo, o tal vez uno de los objetivos, entre varios sobre los que hemos hipotetizado en este artículo, es la discusión doctrinaria, por ahora, sobre la agenda y el contenido de debates y sentencias que ya no parece manejar con discrecionalidad el presidente.

¿Qué debe esperarse de un presidente de una agencia como la Corte Suprema?

¿Cuál es el rol de los presidentes de este tipo de tribunales en la obtención de sentencias unánimes que brinden mensajes claros y seguridad jurídica a la sociedad?

En la obtención de votos unánimes resulta fundamental la decisión política, el liderazgo y la capacidad negociadora del presidente del tribunal. En casos de gran trascendencia institucional, jurídica y social, siempre resulta un objetivo deseable para el sistema político y para el presidente de un tribunal de última instancia, la emisión de sentencias unánimes o con disidencias acotadas. Ello así, por evidentes y obvias razones de gobernabilidad y legitimación política de decisiones sensibles en materia de políticas públicas, y en pos de un funcionamiento armónico de la administración estatal.

La falta de liderazgo que conlleve a esa armonía le quita espíritu de cuerpo al tribunal colegiado y puede permitir o alentar, depende de las circunstancias, un comportamiento más fragmentado de sus magistrados, entendiéndose por tal cosa, un menor nivel de coincidencias, traducido en menor cantidad de fallos unánimes, y en una mayor cantidad de disidencias y de votos que, desde la mayoría, se distinguen individualmente ("según o por su voto"), y son emitidos por juristas más preocupados por dejar su sello o marca personal en cada resolución trascendente del tribunal.

Como ejemplos comparados se destaca el muy interesante caso de la Suprema Corte canadiense. La actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de enero de 2000. Había ingresado a la corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la Great Dissenter de la Corte canadiense. En materia de control de constitucionalidad ha votado 39 veces en disidencia, seguida por Claire L'Heureux-Dubé, con 28 votos disidentes. Lo notable es que McLachlin sólo voto 8 veces en disidencia desde que fue designada presidente. Sus 31 votos restantes fueron emitidos antes de su designación como tal. Es una producción que se asemeja, salvo una excepción, a la de los presidentes del Tribunal Constitucional de España (26).

Los presidentes del Tribunal Constitucional español han asumido ese papel de liderazgo y procuran, también por motivación para dejar su sello personal, o por la ya referida necesidad política, las unanimidades. Por ello no registran votos en disidencia durante sus presidencias (García Pelayo, Rodríguez Piñero, Sala Sánchez), o disminuyen notoriamente esos votos si se compara su performance como magistrados, con la que les cupo como presidentes (Tomás y Valiente, Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón, Jiménez de Parga). Salvo el llamativo caso de Casas Baamonde, única magistrada que accedió a la presidencia, que tiene la mayoría de sus votos en disidencia durante el período de su presidencia, incluso, en algunos de ellos, votando en soledad (27). Ello, sin duda, es un reflejo de una compleja etapa en la vida del tribunal, signada por visibles alineamientos político-partidarios de los magistrados y por una notable crisis de liderazgo de la presidente.

El cuadro que sigue muestra las disidencias totales de los presidentes del Tribunal Constitucional de España, desagregadas durante sus presidencias. Se observa notablemente, salvo la excepción referida de Casas Baamonde, que los presidentes han asumido claramente ese rol de liderazgo en busca de las sentencias unánimes.

**Disidencias de los presidentes del TC**

Magistrado	Total disidencias	Permanencia en el TC	Disidencias durante su presidencia	Periodo Presidencia
García Pelayo	--	1980/85	--	1980/85 *
Tomás y Valiente	7	1980/92	1	1986/92
Rodríguez-Piñero	4	1986/95	--	1992/95
Rodríguez Bereijo	2	1989/98	1	1995/98
Cruz Villalón	9	1992-01	2	1998-01
Jiménez de Parga	18	1995/04	3	2001/04
Casas Baamonde	17	1998/11	10	2004/10
Sala Sanchez	7	2004/13	--	2011/13

\* Toda su estancia en el TC fue como presidente, desde el inicio del funcionamiento de la institución.

Fuente: base de datos propia

Toda su estancia en el TC fue como presidente, desde el inicio del funcionamiento de la institución. Fuente: base de datos propia

La observación de la evolución de esta variable en la Corte argentina, y la actualización de datos que estamos realizando, permitirá mediciones y comparaciones muy útiles para corroborar el estado del liderazgo del presidente Lorenzetti ante las novedades que parecen estar produciéndose en el tribunal.

## V. A modo de conclusión

He tratado de desarrollar en este artículo la idea de la multiplicidad de efectos, tensiones e implicancias que el fallo Muiña ha desatado. Las consecuencias están lejos de poder mensurarse ahora y sólo el tiempo y la observación de la evolución de las variables pertinentes y útiles para el análisis permitirá análisis más desagregados y definitivos. Por lo pronto he considerado de interés presentar una desagregación descriptiva de efectos, algunos no tan visibles y poco comentados en estos días intensos de polémica y debate sobre la sentencia. También algunas líneas de conexión entre aspectos que parecen no relacionados, y poner a disposición del lector algunos datos y material bibliográfico producto de varios años de trabajo en temas vinculados a tribunales de última instancia que pueden ilustrar y mejorar el debate, los análisis y las comparaciones.

(\*) Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Sociología Jurídica y Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Ha obtenido el Diploma Europeo en Estudios Avanzados (DEA), y varios títulos de postgrado entre ellos los de Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, todos otorgados por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Además Diploma de postgrado como Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Catedrático Titular regular de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación en la carrera de Derecho y Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor de Posgrado y Doctorado en la Universidad de El Salvador. Ganador de varios premios y becas internacionales. Es Profesor visitante y Director de proyectos de investigación en Instituciones académicas de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá y España. Autor de 12 libros y editor-director de 5 libros colectivos. Autor de más de 100 contribuciones en capítulos de libros y artículos en revistas del área de su especialidad.

(1) El tribunal de 7 miembros se redujo a 3 en el lapso desde Mayo de 2014 a Diciembre de 2015 cuando por deceso (Argibay y Petracchi), o por renuncia (Zaffaroni y Fayt), su conformación quedó diezmada. Contemporáneamente a ello se produjo una elección nacional de autoridades, con cambio de signo político en el gobierno, lo que complicó el normal funcionamiento del tribunal y la sustitución de los jueces y regularización de las vacantes generadas.

(2) Aunque hay muchas voces que reclaman, tanto en el ámbito académico como político y legislativo, un debate sobre el rediseño de las funciones y rol del Tribunal y, luego, modificaciones en el número de miembros.

(3) Cfr. SAGÜÉS, Néstor, "El Derecho", t. 118, p. 909, Buenos Aires, 1986.

(4) Un ejemplo histórico de ello: en 1987 al declarar nuestra Corte la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida, el Ministro Petracchi dijo en su voto que: "Debe quedar en claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente..." sin embargo "...esta ley no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación..." casi dos décadas después en un contexto bien diferente se declaró su inconstitucionalidad. El Juez Petracchi voto en ese sentido. Este voto refleja y resulta un buen ejemplo de lo que supone es la faceta diferenciadora de un juez con responsabilidades excepcionales como el Juez constitucional, o de un tribunal de última instancia. Su visión periférica, su perspectiva estratégica y de hombre de Estado. Citado en BERCHOLC, Jorge O., La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad, Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, p. 45.

(5) Para este análisis, que propone las ideas superadoras del esquematismo de la división de poderes y de la independencia judicial, mutando a ideas de diálogo interpodere, cooperación e interdependencia institucional, véase, BERCHOLC, Jorge O., "Temas de Teoría del Estado", La Ley-Thomson Reuters, 2º edición, 2014, p. 313 y ss.

(6)

<http://www.letrap.com.ar/nota/2017-5-8-21-36-0-un-organismo-de-ddhh-de-la-onu-advirtio-a-la-corte-por-el-fallo-del-2-x-1>, consultado el 21-05-17.

(7) "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 09/2007, consultada el 21 de mayo de 2017.

(8) He desarrollado estas cuestiones en BERCHOLC, Jorge O., "La producción del Tribunal Constitucional de España a través del Control de Constitucionalidad", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2017, p. 144 y ss. y en Opinión Pública y Democracia, p. 63 y ss., Lajouane, Buenos Aires, 2015.

(9) Para la cuestión de las sentencias interpretativas véase, BERCHOLC, Jorge O., "La producción del Tribunal Constitucional de España a través del Control de Constitucionalidad", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2017, p. 139 y ss.

(10) Las teorías sistémicas diferencian entre valor bruto y valor neto obtenido. El valor bruto está integrado por los principios orientadores de la acción, por los objetivos máximos a alcanzar. El valor neto es el efectivamente obtenido luego de impulsar esas acciones y de haberlas confrontado con las reacciones y resistencias del sistema y de los agentes e intereses en juego.

(11) La opinión que parece más fuerte y más extendida por ser la mayoritariamente exteriorizada, que tenderá a imponerse sobre la no exteriorizada y la inhibirá por temor al aislamiento o por sentirse minoría, aunque tal desventaja cuantitativa no se refleje en sistemáticos estudios empíricos, sino sólo en la impresión o sensación que se produce merced a su mayor exteriorización. Elisabeth Noelle-Neumann, sostiene que las personas, en su afán por no quedar aisladas del resto de los seres sociales, adoptan aquellas conductas que se dicen o parecen ser mayoritarias, o aquél discurso que, impuesto por los emisores y adoptado por la mayoría, y dominante en la sociedad, se extenderá por sobre opiniones minoritarias que optarán por guardar silencio a efectos de evitar su aislamiento. NOELLE-NEUMANN, Elisabeth, "La Espiral del Silencio", Paidós, 1995.

(12) La norma, en su artículo 1° (y prácticamente único) dispuso: "Las penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga".

(13) "... los perdedores en el proceso político buscan una nueva posibilidad de imponer sus ideas con ayuda de la Corte Constitucional Federal. Todo ello es en cierta forma tradición alemana..." Como ha dicho el Profesor de la Universidad de Regensburg Udo Steiner, ex magistrado del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), en una conferencia magistral impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, "El papel de la Corte Constitucional Federal en el ordenamiento federal de la República Federal de Alemania", marzo de 2008, mimeo, que se puede consultar en: [http://www.forumfed.org/libdocs/Misc/Arg6\\_Present%20Udo%20Steiner%20En.pdf](http://www.forumfed.org/libdocs/Misc/Arg6_Present%20Udo%20Steiner%20En.pdf), The Role of the Federal Constitutional Court within Germany's Federal Structure, versión en inglés, Forum of Federations, p. 3: "... those who have lost out in the political process frequently call on the Federal Constitutional Court, which they see as another opportunity for pushing through their ideas. This has all, as it were, become customary in Germany...". Advirtió la doctrina en España que: "... en su aplicación práctica, el recurso de inconstitucionalidad puede ser utilizado como un instrumento político puesto en manos de los partidos opositores en un intento de rechazo político a la acción gubernamental. Esta puede ser la causa de que la mayoría de las leyes que entrañan una mayor carga política hayan sido objeto de recurso y, en ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus preceptos haya sido mostrada por la oposición como un triunfo político" GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel; NÚÑEZ RIVERO, Cayetano; NÚÑEZ MARTÍNEZ, María, "El sistema constitucional español según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Editorial Universitas Internacional, 2008, Madrid, p. 17.

(14) BERCHOLC, Jorge O., "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, ps. 147 y 148.

(15) En otro caso de gran importancia, "Peralta c. Estado Nacional" sobre el llamado Plan Bonex, un precedente del "corralito", el 27 de diciembre de 1990, la CSJN dijo: "... la división de los poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no sólo la integración de las Provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales...puede reconocerse la validez constitucional de una norma porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual medió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas...".

(16) Sigo en este punto mi trabajo ya citado, BERCHOLC, Jorge O., "La producción del Tribunal Constitucional de España a través del Control de Constitucionalidad", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2017, ps. 70-73.

(17) BÖCKENFORDE E., Verfassungsgerichtbarkeit, "Strukturfragen, Organisation, Legitimation", en Staat Nation Europa, Frankfurt, Suhrkamp, 1999, p. 157.

(18) LANDA, César, "La elección del juez constitucional", p. 245, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 6, 2002.72.

(19) Parafraseando a Otto Kirchheimer y su "catch all party", partido de todo el mundo o "atrapatodo", idea que pergeño en su trabajo "El camino hacia el partido de todo el mundo" en Teoría y sociología críticas de los partidos políticos, LENK y NEUMANN, Anagrama, Barcelona, 1989. La denominación acuñada por Kirchheimer refiere a un tipo de partidos políticos, el partido atrapatodo ("catch all party") que no se dirige a una clase social determinada, sino que pretenden llegar a la mayor cantidad de personas posibles, conformando así un auditorio heterogéneo y masivo, pretendiendo satisfacer la mayor cantidad posible de demandas.

(20) LANDA, César, "La elección del juez constitucional", p. 256, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 6, 2002.

(21) <https://www.youtube.com/watch?v=4uWsx7ewUc> .

(22) He seguido en este apartado sobre los modelos de la deliberación a WOLFF, Gertrude Lübbe, "Cultures of Deliberation in Constitutional Courts", investigación llevada a cabo en Wissenschaftskolleg, Berlin, 2016, traducción de BERCHOLC, Jorge O., artículo publicado en Justicia Constitucional, Editorial Contexto, 2016, p. 37 y ss. versión en inglés.

(23) LANDA ARROYO, César, "La elección del juez constitucional", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 6, 2002, p. 262.

(24) VERDUGO, Sergio R., "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático", RDUCN vol. 18 n° 2 Coquimbo 2011. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 18. N° 2, 2011 ps. 217-272. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200009>.

(25) Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto BERCHOLC, Jorge O., "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad".

(26) Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto BERCHOLC, Jorge O., "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad". Nos encontramos actualizando la base de datos que nos permitirá medir con mayor consistencia el caso argentino que aquí tratamos.

(27) Sus votos disidentes en soledad, siendo presidente, fueron en: sentencia 194/2004 de 04/11/04 sobre temas ambientales y administrativos; sentencia 341/05 del 21/12/05 sobre Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998; sentencia 112/06 de 05/04/06 Ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos.