

**Se presentan por parte. Constituyen domicilio.  
Recurren en queja por denegación de Recurso Extraordinario.  
Invocan la doctrina “Ogallar”. Solicitan se declare admisible la  
instancia de excepción que demandan y procedente la queja.**

---

**Excelentísima  
Corte Suprema de Justicia de la Nación:**

*María Angélica Gelli* (abogada, CSJN T.º 16, F.º 462) y *Marcelo Alberto Sancinetti* (abogado, CSJN T.º 23, F.º 601), en nombre del señor juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Don Antonio Boggiano*, por la representación acreditada en el juicio político que se le siguió ante el Senado de la Nación y conforme surge de la copia de poder especial que se acompaña bajo letra “A”, constituyendo domicilio a los efectos legales en Av. Córdoba 1495, Piso 4.º, of. 8, de la ciudad de Buenos Aires, decimos que:

## **§ 1. Objeto / Depósito / Admisibilidad**

### **I. Objeto del recurso**

Mediante esta presentación:

*a)* interponemos recurso de queja por la denegación del recurso extraordinario federal dispuesta por Resolución DR-JP-(B) 15/05 del Senado de la Nación constituido en Tribunal de Enjuiciamiento Político al ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Antonio Boggiano, emitida el 9 de noviembre de 2005 y notificada a nuestra parte el 10 del mismo mes y año, según surge de la cédula acompañada bajo letra “B”;

*b)* invocamos la doctrina “Ogallar” establecida por V.E. y

*c)* solicitamos se declare admisible la queja.

### **II. Depósito de ley**

Acompañamos el comprobante del depósito efectuado en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

### **III. Admisibilidad de la queja**

Según lo preceptuado en el art. 285 y concordantes del Código ritual, venimos a acreditar que se hallan cumplidos los recaudos necesarios para la interposición

de esta queja, así como también a impugnar, por inconstitucional y arbitraria, la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal.

De conformidad con lo ordenado por las normas procesales acompañamos:

*a) copia del poder especial conferido por el juez Antonio Boggiano a favor de los letrados aquí presentados (letra “A”);*

*b) cédula de notificación de la Resolución DR-JP-(B)-15/05 emitida por el H. Senado de la Nación emitida el 9 de noviembre de 2005 y notificada a nuestra parte el 10 del mismo mes y año. Mediante esta Resolución se rechazó el recurso extraordinario federal que oportunamente interpusiéramos contra la Resolución DR-JP-(B)-14/05 y contra la Resolución DR-1128/05 del Senado de la Nación, ambas emitidas el 28 de septiembre de 2005, notificada al enjuiciado el 29 del mismo mes y año. (letra “B”);*

*c) copia de la Resolución DR-JP- (B)- 15/05, que constituye sentencia definitiva, emanada del H. Senado de la Nación, y mediante la cual la Cámara de Senadores, en su condición de tribunal de juicio público, rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la defensa (letra “C”);*

*d) copia del escrito mediante el cual fue interpuesto recurso extraordinario federal ante el H. Senado de la Nación (letra “D”);*

*e) cédula de notificación de las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05 del 28 de septiembre de 2005, contra las cuales se presentó oportunamente el recurso extraordinario federal (letra “E”);*

*f) copia de las citadas Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05 (letras “F” y “G”, respectivamente).*

*g) copia del “Escrito de Defensa” presentado oportunamente ante el Senado de la Nación, como cuerpo principal documental de las alegaciones en favor del juez Antonio Boggiano y en el que fueron introducidas en su momento las cuestiones federales que ahora son traídas a conocimiento de V. E. (letra “H”).*

De lo hasta aquí expuesto surge que están acreditados los presupuestos de interposición del recurso extraordinario federal y que ha quedado expedita la vía para esta presentación directa ante V. E.

## **§ 2. Fundamento del recurso extraordinario federal. Cuestión federal: Violación de principios, derechos y garantías constitucionales**

Sin perjuicio de la copia del escrito de interposición del recurso extraordinario federal que como ya se dijo acompañamos bajo letra “D”, y solicitamos se tenga por parte integrante de esta queja, procedemos a efectuar a V. E. la reseña de los antecedentes que justifican la descalificación de la Resolución DR-JP-(B) 15/05 del 9 de noviembre de 2005 emanada del H. Senado de la Nación y notificada a nuestra parte el 10 del mismo mes y año. Mediante esta resolución la Cámara constituida en Tribunal rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05.

Con fecha 29/9/2005, en efecto, nuestra parte fue notificada de las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05.

Mediante las resoluciones citadas, el H. Senado de la Nación:

1) rechazó los planteos de *excepción parcial de cosa juzgada* y *nulidad parcial de la acusación* oportunamente interpuestos en el “Escrito de Defensa”, lo que fue ingresado como Expediente N° P-55/05 (v. art. 1.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05);

2) rechazó el pedido de *suspensión del procedimiento de juicio político* formulado por la Defensa mediante el Expediente P-113/05 el 28/9/2005, solicitud de nuestra parte motivada en el fallo de la Corte Suprema de fecha 27/9/2005 (v. art. 2.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05);

3) rechazó el pedido de *no intervención en el procedimiento de juicio político* efectuado por la Defensa mediante el Expediente P-113/05, *de los Senadores que oportunamente habían sido recusados en el “Escrito de Defensa”* y cuya intervención en el procedimiento —tras el rechazo del planteo por el Senado (art. 1.º de la DR-JP-[B]-6/05)— se hallaba impugnada por vía del recurso extraordinario federal que ya se halla a estudio de la Corte Suprema (v. art. 3.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05); y

4) *destituyó* al doctor Antonio Boggiano del cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, *con la imposición de la pena accesoria, al declararlo inhabilitado por tiempo indeterminado* para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación (Resolución DR-1128/05).

Contra las mencionadas resoluciones, nuestra parte interpuso en tiempo y forma recurso extraordinario federal por ante el Senado de la Nación (expediente P. 137/05: “*Gelli, María Angélica y Sancinetti, Marcelo Alberto en su carácter de apoderados del Dr. Antonio Boggiano interponen recurso extraordinario en el juicio político que se le sigue*”), según lo dispuesto por el art. 257 del código ritual para ocurrir ante V. E., con arreglo al art. 15 de la ley 48.

En su oportunidad, al presentar el “Escrito de Defensa” ante el H. Senado, la defensa planteó la cuestión federal pertinente y fundamentó los agravios respectivos que se seguirían de la violación del debido proceso legal y de expresas garantías aseguradas en los arts. 18, 28, 59, 77. inc. 22, de la Constitución Nacional, en conexión con el art. 8, párrs. 1, 2 (b) y 4, CADH, art. 6, párr. 1 CDDH, para el caso de que: a) se rechazaran los planteos de excepción parcial de cosa juzgada y nulidad parcial de la acusación; b) se rechazara el pedido de no intervención en el juicio político de los senadores recusados; c) se destituyera al juez Boggiano de su cargo como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como efectivamente sucedió. Además, hicimos expresa reserva del caso federal para la hipótesis en que el Senado decidiera hacer lugar a la suspensión preventiva solicitada por la Comisión Acusadora de la Cámara de Diputados de la Nación sin fundamentos de ninguna especie y en violación de los arts. 1º, 28 y

59 de la Constitución Nacional y del art. 29 de la DUDH, cuestión ésta que ya está a estudio ante la Corte Suprema después de que V.E. declarara admisible el recurso extraordinario federal oportunamente interpuesto<sup>1</sup>.

A su vez, al interponer el recurso extraordinario federal ante el Senado de la Nación contra la sentencia definitiva que dictó esa Cámara constituida en Tribunal, desarrollamos las cuestiones constitucionales implicadas en los términos del art. 14 de la ley 48, y alegamos la falta de consistencia lógica, la carencia de fundamentos legales y jurisprudenciales, la arbitrariedad en suma, de las resoluciones en crisis. En su consecuencia, también dejamos planteada la cuestión constitucional que implicaba la arbitrariedad de esas resoluciones.

La defensa sostuvo y requirió —al interponer el mentado recurso extraordinario federal, así como ahora viene a mantener esa petición— la declaración de inconstitucionalidad e irrazonabilidad manifiesta de las resoluciones DR-JP-(B)-14/05 y DR-1128/05 recurridas en queja por este escrito, en razón de haber violado, estas decisiones del Senado de la Nación, los arts. 18, 28, 31, 59, 60, 64 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; el art. 8, párr. 1, art. 8, párr. 2, *b, f y h* y el art. 30 de la CADH, así como también el art. 10 de la DUDH y 14, párr. 1, del PIDCP. Por lo demás, las resoluciones impugnadas fueron tomadas con infracción al art. 212 del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores.

Asimismo la defensa mantiene la tacha de inconstitucionalidad del art. 4.º del *Reglamento del H. Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político*, en virtud de que esta última norma desconoce los principios de división de poderes, el principio de legalidad y el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, emanados esos principios, respectivamente, de los arts. 1º, 18, 19 y 59 de la Constitución Nacional y de los arts. 29, párr. 2, de la DUDH y 8, párr. 1 y 25 CADH. Esta última cuestión ya ha sido planteada en el anterior recurso extraordinario que llegó a la Corte Suprema por vía de recurso de queja y que V.E. declaró admisible por decisión del 27 de septiembre de 2005<sup>2</sup>.

Por otro lado, las decisiones definitivas tomadas por el Senado de la Nación el 28 de septiembre de 2005 han ignorado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la *jurisprudencia internacional* emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables al caso y, con ello, han comprometido gravemente los derechos del juez Boggiano, la institucionalidad de nuestro país y la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Finalmente, la Resolución DR-1128/05 por la que se destituyó e inhabilitó al juez Boggiano resulta nula de nulidad absoluta, inconstitucional e irrazonable, en tanto esa decisión senatorial se alzó contra lo resuelto por la Corte Suprema el 27 de septiembre de 2005, en los ya citados autos<sup>3</sup>. En la mencionada sentencia, el Tribunal consideró que debía *abrirse la queja* interpuesta por la defensa y *decla-*

---

<sup>1</sup> Véase autos: “*Boggiano, Antonio s/juicio político seguido por el Honorable senado de la Nación*”, C.S., B. 1695. XLI. Recurso de Hecho.

<sup>2</sup> Referencias de la causa cit. en nota 1.

<sup>3</sup> Referencias de la causa cit. en nota 1.

*ró admisible el recurso extraordinario federal*, oportunamente articulado por nuestra parte, como consecuencia de lo cual se hallaba declarada por la Corte Suprema —como pendiente de resolución ante un tribunal superior (abierto el recurso en orden a su admisibilidad)— la regularidad del procedimiento tramitado hasta allí, y, por tanto, *la sentencia definitiva no podía ser dictada hasta tanto se resolviese dicho recurso con carácter definitivo*. La decisión del Senado de la Nación de proseguir con el procedimiento político contra el juez Boggiano —pese a lo resuelto por la Corte configura— implicó un claro menoscabo de las atribuciones de la Corte Suprema como Tribunal Supremo de la república que ingresa, peligrosamente, en el conflicto de poderes.

Por ello, al desestimar el recurso extraordinario federal, la decisión del H. Senado ha desconocido, por un lado, los alcances de los arts. 1.º, 18, 28, 31 y 116 de la Constitución Nacional y el art. 8, párrs. 1, 2 (b), 4, CADH y, por el otro, la interpretación armónica de los arts. 114, 115 de la Constitución Nacional en su relación con los arts. 53, 59 y 60 de la Ley Suprema según la *doctrina consolidada* de la Corte Suprema a partir del precedente “*Nicosia*”<sup>4</sup>, tal como lo señaló reiteradamente el dictamen del Procurador General de la Nación, Don Esteban Righi, al dictaminar el 26/9/2005, en la ya citada causa “*Boggiano*”<sup>5</sup>.

Además y en especial, el rechazo del recurso extraordinario federal contra la sentencia definitiva que dictó el Senado constituido en Tribunal del juicio político, merece ser descalificada por V.E como *acto jurisdiccional* válido pues la Cámara *ni siquiera examinó* las sustantivas y trascendentes cuestiones federales implicadas en la causa y se circunscribió a aprobar el dictamen de su Comisión de Asuntos Constitucionales, la que, por su parte, se limitó a rechazar el recurso por constituir la materia —según sostuvo— una cuestión no revisable.

El fundamento que esta defensa invoca para plantear la vía excepcional que significa recurrir al más alto tribunal de la República a los efectos de instar el mecanismo de control de constitucionalidad, es el desconocimiento palmario y absoluto de las garantías constitucionales y las seguridades que reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a contar con un *tribunal independiente e imparcial*, a no ser acusado sino en el marco de un juicio justo, que satisfaga las exigencias del *fair trial*, a no ser acusado, subsidiariamente, por un título de imputación parcialmente ya perdido en un juicio previo, ni a serlo mediante imputaciones que no satisfagan la exigencia de comunicación previa y detallada al acusado de la acusación formulada, así como también, por último, a permanecer en el ejercicio de la función judicial en tanto no esté concluido un juicio público que satisfaga a su vez el *fair trial*, garantías y seguridades palmariamente desconocidas por el H. Senado de la Nación, en especial por denegación de prueba fundamental para decidir el caso, decisiones tomadas, además, sin fundamentos como tampoco los tuvo la sentencia de destitución ni la inhabilitación declarada contra el juez Boggiano. Por ello, reiteramos, *corresponde que las*

<sup>4</sup> Cfr. *Fallos* 316: 2940 (1993).

<sup>5</sup> Cfr. punto III del dictamen del Procurador General en “*B*” 1695. XLI. Recurso de Hecho. C.S. 27 de septiembre de 2005.

*resoluciones que dispusieron todo ello sean descalificadas como actos jurisdiccionales válidos.*

### § 3. Procedencia del recurso extraordinario federal y crítica de la resolución denegatoria

#### I. Procedencia *formal* del recurso extraordinario

El recurso extraordinario interpuesto en su oportunidad ante el Senado de la Nación es formalmente procedente por reunir los requisitos exigidos, a saber:

##### A) Existencia de requisitos *comunes*

1. En la controversia había intervenido en única instancia el H. Senado constituido en *Tribunal* del juicio político.

2. El H. Senado resolvió cuestiones *justiciables*, es decir, sometidas a revisión de los magistrados judiciales, conforme doctrina constante y uniforme de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente “*Nicosia*” ya mencionado;

3. Las resoluciones cuestionadas causaron y causan agravios concretos, graves e irreparables al recurrente.

4. Los agravios perpetrados con las resoluciones impugnadas subsistían al momento de interponerse el recurso extraordinario federal y se mantienen hasta el presente.

##### B) Existencia de requisitos *proprios*

Según lo dispuesto en el art. 14 de la ley 48 y la doctrina elaborada al respecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se exige que:

1. La sentencia contra la cual se interpone el recurso extraordinario sea *definitiva* o *equiparable a definitiva*. Esto es, que lo resuelto constituya una sentencia —o una resolución— que no pueda ser revisada en ninguna otra instancia en el orden interno de la República Argentina y, en mérito a ello, si queda firme, haga cosa juzgada y consolide el gravamen irreparable.

En el caso, las resoluciones contra las que se interpuso el recurso extraordinario constituyen sentencias definitivas pues concluyeron el juicio político y de ellas ya no cabe sino ocurrir ante V.E.

2. La sentencia —o resolución, en los términos arriba enunciados— motivo del remedio excepcional interpuesto, debe ser el acto jurisdiccional del tribunal superior de la causa, tribunal al que le compete decidir en última instancia, según la respectiva organización constitucional procesal de la República Argentina. En este proceso público de responsabilidad política se ha expedido el H. Senado de la Nación, destituyendo e inhabilitando al juez Boggiano y sus resoluciones “son inapelables ante la justicia ordinaria y se asemejan, por analogía, a un fallo judi-

cial”<sup>6</sup>. En efecto, la mayoría de la Corte Suprema en el precedente “*Nicosia*” consideró necesario esclarecer lo referido a la actuación del Senado en el juicio político, es decir, “desarrollar las bases a partir de las cuales, a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario respecto de las resoluciones relativas al juicio político nacional, *aquél configura un órgano equiparable a un tribunal de justicia...*”<sup>7</sup>.

En consecuencia, las resoluciones que impugnamos mediante el recurso extraordinario emanaron del H. Senado en su carácter de *último* tribunal en el enjuiciamiento político y constituyen, en consecuencia, pronunciamientos que no tienen revisión posible sino en la instancia extraordinaria federal.

3. En el caso debe darse *cuestión federal suficiente* en los términos del art. 14 de la ley 48; que involucre una *cuestión sustantiva y trascendente* en los términos de los arts. 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para ser considerada en la vía extraordinaria que se interponga y que la resolución que se recurra haya sido contraria al derecho o garantía fundados en la Ley Suprema o en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Si bien las cuestiones a que remiten las inconstitucionalidades y arbitrariedades que se han articulado —el rechazo de la excepción parcial de cosa juzgada y de nulidad parcial de la acusación; el rechazo de la suspensión del proceso del juicio público de responsabilidad política; el pedido de no intervención de los Senadores recusados y la destitución e inhabilitación del juez Boggiano— constituyen decisiones emanadas de un órgano político de representación popular y federal, ello no implica que estén excluidas del control de constitucionalidad que cabe efectuar a la Corte Suprema ante agravios concretos a derechos constitucionales o asegurados por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

4. En esa dirección, V.E se ha expedido sobre el punto, declarando *admisible* el recurso extraordinario federal y *cuestión revisable* en esa instancia la destitución de un integrante del máximo tribunal de la República, dispuesta por el Senado de la Nación, en caso de violación del derecho de defensa del acusado<sup>8</sup>.

### C) Existencia de requisitos *formales*

---

<sup>6</sup> Cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho Constitucional Procesal - Recurso Extraordinario*, 4.<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 460.

<sup>7</sup> Cfr. considerando. 5º del voto de la mayoría en “*Nicosia*”, *Fallos* 316: 2940 (1993). Citado por en el punto III del dictamen del Procurador General en *B*” 1695. XLI. Recurso de Hecho. C.S. 27 de septiembre de 2005. Énfasis agregado.

<sup>8</sup> Cfr. considerandos 6 y 7 del primer voto de los conjuces Mitchell, Morales y Wayar; considerandos 6 y 7 de la concurrencia del conjuce Mosquera; considerandos 11 a 14 de la disidencia de los conjuces Frondizzi y Pérez Petit y considerando 5 de la disidencia del conjuce Fossati en “*Moliné O’Connor, Eduardo*”, C.S., 1/6/2004. Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 4/8/2004, p. 40.

1. Que la cuestión constitucional sea oportunamente introducida en el juicio. Esto significa su planteamiento en la primera ocasión procesal en la que aparezca configurada, de modo de permitir al tribunal de que se trate imponerse de la cuestión federal y, en su caso, pronunciarse sobre ella y resolverla.

En ejercicio de la representación asumida introdujimos la cuestión constitucional en la Segunda Parte, Capítulos I a IV; Cuarta Parte, § 2, apartados I y II y en la Sexta Parte, punto i) del “Escrito de Defensa” presentado ante el H. Senado. Cada una de las cuestiones federales referidas y alegadas en esta apelación ha sido exhaustivamente desarrollada en el respectivo capítulo de la defensa que la trató. Debe recordarse, de todos modos y a mayor abundamiento, que la Corte Suprema ha admitido la declaración de *inconstitucionalidad de oficio* en recientes pronunciamientos<sup>9</sup>.

2. Que el recurso extraordinario federal sea interpuesto en tiempo y forma, según lo ordenado por los artículos 14 y 15 de la ley 48 y los artículos 256 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el caso, ello se prueba con la copia de la cédula de notificación de las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR 1128/05 que se impugnaron ante el H. Senado y que, como ya se dijo, se acompaña a este escrito en letra “E”.

Con lo hasta aquí expuesto se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal oportunamente interpuesto ante el Senado de la Nación.

En capítulo aparte se fundará de manera exhaustiva la tacha de arbitrariedad de la denegación del recurso extraordinario federal y se demostrará de qué modo tal acto —en razón de los vicios que encierra— es violatorio de principios, derechos y garantías consagrados en el texto constitucional. Tales agravios configuran *cuestión federal suficiente*, involucran una cuestión *sustantiva y trascendente* en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para ser considerados en la vía extraordinaria que se interpuso y que fue arbitrariamente denegada porque afectan a más de los derechos del juez Boggiano, a las instituciones de la República y al principio de división de poderes.

Las resoluciones impugnadas prescindieron del más mínimo examen de la cuestión, se tomaron sin fundamento —alegando que se trata de un juicio político— es decir, fueron inmotivadas, irrazonables y desproporcionadas; ello, en especial, al declarar al juez Boggiano inhabilitado por tiempo indeterminado, recurriendo el Senado a afirmaciones dogmáticas que sólo otorgan fundamento aparente al decisorio cuestionado<sup>10</sup>.

#### **D) Las cuestiones justiciables en el caso del juez Boggiano**

##### **Otra vez acerca de la *admisibilidad* del recurso extraordinario federal**

<sup>9</sup> Cfr. “*Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes*” C.S. (2001) La Ley 2001-F- 886 y “*Banco Comercial de Finanzas*”, B-1160 XXXVI, 19 de agosto de 2004.

<sup>10</sup> Cfr. doctrina de la Corte Suprema de *Fallos* 308:1160 y 1790.



El recurso extraordinario federal es el instrumento procesal de admisibilidad y procedencia del control de constitucionalidad. Este control, ya se sabe, constituye uno de los poderes institucionales más importantes y delicados de aplicar atribuido al Poder Judicial y, en última instancia, a la Corte Suprema.

Desde que la Suprema Corte de los Estados Unidos creó pretorianamente el control de constitucionalidad en el caso “*Marbury vs. Madison*” y justificó ese control en la obligación que el tribunal asumía de mantener la supremacía de la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico inferior, se pusieron de manifiesto los esfuerzos de la Suprema Corte por mantener la atribución dentro de límites compatibles con el principio de la división de poderes y con el resguardo de la legitimidad democrática que invisten los órganos políticos representativos de la voluntad popular<sup>11</sup>.

En el caso “*Marbury vs. Madison*”, la Suprema Corte norteamericana elaboró la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables*, como un borde infranqueable que el tribunal no debía vulnerar, ni estaba dispuesto a hacerlo. Pero, al mismo tiempo, reconoció en la controversia que se le planteaba la existencia de una *cuestión justiciable*, dados los agravios inferidos a los jueces demandantes —que admitió expresamente—, a quienes, a pesar de haber acreditado la legitimidad de los títulos que ostentaban, no se los había puesto en ejercicio de sus funciones.

Como consecuencia de lo resuelto en dicho caso, en el precedente citado se identificaron las *cuestiones justiciables* —y, por tanto, pasibles del control de constitucionalidad— con la existencia de un *agravio concreto* a derechos de las *personas*. A contrario —siguiendo el razonamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos— sólo habría *cuestión política* exenta de aquel control cuando el demandante o recurrente no pudiera exhibir ni demostrar agravios constitucionales a sus derechos o garantías.

De su lado, en la República Argentina, la Corte Suprema adoptó la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* en el precedente “*Cullen vs. Llerena*”. En el caso, el Tribunal sostuvo que no debía examinar el procedimiento de sanción de leyes porque ese proceso era una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> La bibliografía sobre la cuestión es abrumadora. En nuestro país, CARLOS NINO intentó fundar en una teoría de la democracia la justificación del control de constitucionalidad y diferenciarla de la preconizada por ELY. Según NINO, los jueces tienen una triple función de custodia: deben resguardar el proceso democrático, deben resguardar la autonomía personal y deben resguardar la práctica constitucional (p. 704). En opinión de la defensa, por lo que a continuación expresa, el autor privilegia —sobre todo en los jueces de la Corte Suprema— una práctica de control constitucional *prudencial*. Cfr. CARLOS S. NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 657/70.

<sup>12</sup> Cfr. “*Cullen vs. Llerena*” CSJN (1893) Fallos 53:420. En el caso, se trataba de la revisión del proceso de sanción de una ley de intervención federal. La mayoría de la Corte Suprema estimó que no correspondía al Tribunal examinar la interpretación y aplicación que las cámaras del Congreso dieron al art. 71 (hoy art. 81) de la Constitución Nacional. Por el contrario, la disidencia del Juez Varela circunscribió las cuestiones políticas, en principio, sólo a las cuestiones de soberanía.

No obstante, como con acierto y anticipación lo señalara la disidencia del juez Varela en el referido precedente “*Cullen vs. Llerena*” —con cita de jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos—, la línea que separa las cuestiones judiciales de las políticas nunca ha sido trazada<sup>13</sup>. Y ello fue así aun en causas en las que se controvertía, precisamente, el proceso de sanción de leyes a las que se había aplicado el veto presidencial y promulgado parcialmente las normas vetadas.

En efecto, la Corte Suprema argentina comenzó por desarmar la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, aplicada al procedimiento de sanción de leyes. En ese sentido, el Tribunal resolvió la invalidez constitucional de una promulgación parcial sosteniendo, no obstante, que ello no significaba abrir juicio de un modo general sobre el régimen de la promulgación de las leyes<sup>14</sup>.

Después de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema mantuvo el criterio de revisión del proceso de sanción de leyes. Así, hizo lugar, entre otros, a la inconstitucionalidad del decreto P.E.N. 1517/98, de promulgación parcial de la ley de reforma tributaria 25.063, en el entendimiento de que ese había violado el principio de legalidad tributaria, en el caso “*Famyl S.A.*”<sup>15</sup>.

Esta Defensa ha traído y examinado ante la Corte el caso de la promulgación parcial de leyes y su revisión judicial, porque resulta paradigmático en un *doble* sentido. Por un lado, muestra la transformación operada en el control de constitucionalidad de cuestiones que en un principio eran consideradas no justiciables por la Corte Suprema —en línea con la mayor amplitud de ese control ante *caso y agravio concreto a derechos constitucionales*—; y, por otro, constituye una muestra de la influencia bienhechora de la doctrina jurisprudencial del Tribunal sobre los legisladores, en el caso: sobre los convencionales constituyentes de 1994. En efecto, el art. 80 de la Constitución Nacional que habilitó la promulga-

---

<sup>13</sup> Cfr. la disidencia del juez Varela en “*Cullen vs. Llerena*” CSJN (1893) *Fallos* 53:420. Debe decirse que este magistrado de la Corte —quien anticipó la amplitud de las cuestiones justiciables y, en consecuencia, redujo a muy pocos casos las cuestiones políticas ajenas al control de constitucionalidad— fue sometido a juicio político en 1899. Ese proceso público de responsabilidad política concluyó cuando el juez renunció a su cargo. Cfr. al respecto, JUAN F. ARMAGNAGUE, *Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 183.

<sup>14</sup> “*Colella c/S.A. Fevre y Basset*”, *Fallos* 268:352 (1967). En el caso, la Corte Suprema sostuvo que: “el proyecto sancionado por el Congreso Nacional constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no han podido separarse del texto total sin detrimento de la unidad de éste. Como regla, las disposiciones que componen una ley están vinculadas entre sí. No cabe asegurar, pues, que el Congreso hubiera sancionado el proyecto en caso de excluirse alguna de sus normas capitales. De ahí que el Poder Ejecutivo no pudo, en su momento, proceder como procedió, sin invadir atribuciones propias del Congreso Nacional y sin asumir, en la especie, la calidad de legislador”. Como se advierte, el Tribunal examinó la eventual inconstitucionalidad de la promulgación parcial de la ley que había efectuado el Poder Ejecutivo y descalificó el modo en que se había promulgado la ley.

<sup>15</sup> “*Famyl S.A. c/Estado Nacional s/acción de amparo*”, C.S. 29/8/2000. En la controversia, la Corte Suprema concluyó que la promulgación parcial con respecto al tributo y a los obligados por él, no se ajustaba a lo dispuesto en el art. 80, CN, pues el Congreso había aprobado dos normas por las que se fijó el referido régimen impositivo. A criterio del Tribunal, resultaba manifiesta la unidad entre ambas normas que fueron escindidas por el veto y la promulgación parcial del Presidente de la Nación. Aunque, en realidad, se trataba de dos textos legales que formaban una única norma jurídica, la Corte Suprema ejerció en plenitud el control de constitucionalidad sobre atribuciones del poder político.

ción parcial de leyes en ocasión de esas enmiendas, recogió el criterio de limitación para el ejercicio de tal atribución por parte del Poder Ejecutivo Nacional, de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>16</sup>.

En ese mismo derrotero, la Corte Suprema fue acotando las cuestiones exentas de control judicial y, dentro de las que mantenía como no justiciables, identificando áreas de revisión cada vez más extensas.

Por cierto, la determinación de *cuándo* una cuestión es *política*, y, por tanto, *no justiciable*, entraña un riesgo institucional, tanto como establecer que *sí es justiciable*. El dilema que encierra el punto fue señalado por el juez Harlan en su disidencia en el caso “*Baker vs. Carr*”, en el que la mayoría de la Suprema Corte estadounidense consideró justiciable una cuestión electoral.

Dijo el magistrado:

“Aquellos observadores de la Corte que la consideran primordialmente como último refugio para la corrección de toda injusticia o desigualdad, sin importar su naturaleza o fuente, aplaudirán sin duda esta decisión y su ruptura con el pasado. Aquellos que consideren que el respeto nacional por la autoridad de la Corte depende en gran medida de su sabio ejercicio de autolimitación y disciplina en la adjudicación constitucional, examinarán la decisión con profunda preocupación”<sup>17</sup>.

No obstante las prevenciones del *justice* Harlan y pese a las tensiones entre los poderes que genera o puede generar la ampliación del control de constitucionalidad, esta Defensa debe señalar que en la República Argentina, y por imperio de la jerarquía constitucional de los tratados de *derechos humanos* declarada en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema, la Corte Suprema no sólo *está facultada*, sino que *debe* velar por corregir *toda injusticia* padecida por *cualquier persona*, que el poder político quiera imponer con el peso de su imperio y prescindiendo de las reglas del Estado de Derecho. En esa línea y sobre la base del bloque de constitucionalidad tal como quedó conformado luego de la reforma constitucional de 1994 y sostenida por la jurisprudencia internacional cuyos efectos vinculantes para el Estado Argentino fueron reconocidos por la Corte Suprema<sup>18</sup>, hemos desplegado los argumentos defensivos en la presentación de la defensa escrita ante el Senado de la Nación que obra en el recurso extraordinario que el Tribunal declaró admisible el 27 de septiembre de 2005.

Acerca de la revisión judicial en materia de juicio político, antes de la reforma constitucional de 1994 ya se planteaba la controversia. Como es sabido, durante un largo período la Corte Suprema de Justicia de la Nación incluyó al juicio pú-

<sup>16</sup> Sobre promulgación parcial de leyes y el control judicial de esa atribución, cfr. MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*, 3.<sup>a</sup> ed., ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, análisis del art. 80, CN, pp. 767 ss., en especial pp. 774/76.

<sup>17</sup> Cfr. la disidencia del juez Harlan en “*Baker vs. Carr*”, 369 US S. Ct. 691, 7 L.Ed. 663 (1962). Traducción y notas críticas de la sentencia, en JONATHAN MILLER / MARÍA ANGÉLICA GELLI / SUSANA CAYUSO, *Constitución y Poder Político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, t. I, pp. 173 ss.

<sup>18</sup> Cfr. “*Ekmekdjian c/Sofovich*”, *Fallos* 315:1492 (1992); “*Giroldi*”, *Fallos* 318:514 (1995); “*Bramajo*”, *Fallos* 319:1840 (1996); “*Felicetti*”, C.S. F 78 XXXVI (2000); “*Arancibia Clavel*”, C.S. (4-8-2004).

blico de responsabilidad política —llevado a cabo por las legislaturas provinciales o por el Senado de la Nación— entre las cuestiones políticas no justiciables.

En los casos de los procesos de remoción de jueces provinciales celebrados en las jurisdicciones locales, existían razones contundentes para excluirlos del control jurisdiccional de la Corte Suprema federal, pues en 1860 la reforma constitucional de entonces suprimió de la competencia del Tribunal y de los tribunales inferiores los conflictos entre los poderes públicos de un mismo estado local.

No obstante, la doctrina judicial fue virando desde la consideración del juicio político como cuestión provincial o como cuestión política no justiciable en el orden nacional, hacia la admisión de *algún grado* de control de lo que hacían los jurados de enjuiciamiento, las legislaturas provinciales o el Senado de la Nación en aquellos procesos políticos.

La tesis acerca de que existían aspectos revisables en los juicios políticos, concernientes a las cuestiones procesales y a la defensa plena del encausado, fue abriéndose paso al mismo tiempo que se reservaba al juicio discrecional de las legislaturas locales —o sus jurados equivalentes— y a la Cámara de Senadores de la Nación, el resolver acerca de la procedencia de los cargos imputados al magistrado en crisis, esto es, sobre la cuestión sustantiva. En otras palabras, la Corte Suprema admitió la procedencia del recurso de revisión pese a que en algunos casos los jueces removidos habían sido destituidos por autoridades provinciales. Ello, a fin de asegurar la defensa en juicio de las personas afectadas por violaciones al principio del debido proceso<sup>19</sup>.

Por cierto, esta Defensa no desconoce lo establecido por el art. 115 de la Constitución Nacional para el caso de la remoción de los jueces de las instancias inferiores. La norma mencionada dispone expresamente que el *fallo* de destitución de los magistrados acusados por el Consejo de la Magistratura y emitido por el Jurado de Enjuiciamiento, *es irrecurrible*. De todos modos, esa disposición no debe ser interpretada y aplicada con olvido del art. 18, CN —que sigue vigente— ni de los arts. 8, párr. 1, y 25, CADH con jerarquía constitucional desde 1994. Todas estas normas pueden y deben armonizarse a fin de que, tal como lo sostiene la Corte desde antiguo, ninguna de ellas *deje* de aplicarse. En ese sentido, el art. 115 de la Constitución Nacional puede compatibilizarse con la doctrina de la Corte Suprema que garantiza el derecho a la defensa en *todo* juicio al que sea sometida una persona, de modo tal que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento no sea revisable en lo referido al criterio de apreciación de las causales de remoción en el caso concreto, pero *sí respecto al ejercicio de los derechos de la defensa en juicio*, es decir, del respeto al *debido proceso*, al *juicio justo* (*fair trial*: ser juzgado “con las debidas garantías”).

Esa distinción surge de la doctrina establecida por la mayoría de la Corte Suprema, integrada por conjueces, en el caso “*Moliné O’Connor*”. Aunque con cierta ambigüedad, el Tribunal dijo que con arreglo al derecho positivo, a la doc-

---

<sup>19</sup> Cfr. “*Graffigna Latino y otros s/acción de amparo*”, C.S. (1986); “*Magnin Suárez, Luis*”, C.S. (1987) La Ley 1988-C-121; y “*Nicosia*” *Fallos* 316:2940 (1993).

trina constitucional y a la jurisprudencia internacional, el Senado es *equiparable a un tribunal de justicia*, cuando actúa en calidad de Cámara juzgadora, y que la facultad que tiene la Corte Suprema para revisar —por vía del recurso extraordinario federal— el fallo del Senado por el que se destituya a un magistrado judicial se limita a la cuestión de *si hubo* efectivo ejercicio del derecho de defensa o *no*<sup>20</sup>.

Aunque en el caso “*Moliné O’Connor*” la mayoría de la Corte de conjuces fue muy laxa para dar por satisfecha la exigencia de salvaguardar la defensa en juicio y el debido proceso, la decisión siguió la regla sentada en el precedente “*Brusa*”. En esta sentencia, en la mayoría de fundamentos de los ministros Petracchi y Zaffaroni, se afirmó que una interpretación rígidamente literal del art. 115, CN, sería incompatible con las normas internacionales que tienen igual jerarquía, según la reforma de 1994. En consecuencia, “la mentada «irrecurribilidad» del art. 115, CN, sólo puede tener el alcance señalado en la doctrina del caso «Nicosia» (*Fallos* 316:2940)...”, en el sentido de que será competencia de la Corte Suprema considerar las eventuales violaciones —nítidas y graves— a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio”, pero no la valoración de las causas sustantivas que motivaron la destitución<sup>21</sup>.

Si bien esta defensa mostrará en el capítulo respectivo de este recurso, que la *regla general de exclusión*, del ámbito revisable por la Corte, de la valoración sustantiva de las causales de destitución tiene que tener, a su vez, una *excepción*, cuando la calificación de un acto como “mal desempeño” deriva de la reprobación del Senado a *una sentencia judicial* dictada por el juez de cuyo juicio político se trata —pues en este caso el propio Senado se atribuye la valoración de un ámbito *en principio ajeno* a la competencia del Senado—, lo cierto es que, como regla general, la doctrina del caso “*Brusa*” luce consistente con una interpretación armónica de las normas constitucionales relacionadas, esto es, con los arts. 18, 60 y 115 de la Constitución Nacional y con el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otro lado, reprocharle a cualquier juez integrante de un tribunal colegiado en general, o a un ministro de la Corte Suprema en particular, el hecho de que el magistrado en cuestión *cambie el proyecto de su voto* antes de tomar la decisión definitiva en el caso de que se trate *y destituirlo por ello* —ignorando la corrección jurídica del *voto que finalmente emitió* el juez sometido a proceso político— implica un desconocimiento absoluto de prerrogativas judiciales y, en especial, evidencia la ignorancia palmaria acerca del modo en que *delibera* la Corte Su-

<sup>20</sup> Cfr. considerandos 3 y 9 del primer voto (Mitchell, Morales y Wayar) en “*Moliné O’Connor, Eduardo*”, C.S., 1/6/2004, La Ley, 7/1/2005. Con mayor claridad se pronunciaron las concurrencias. Cfr. considerando 11 de la disidencia de los conjuces Frondizi y Pérez Petit.

<sup>21</sup> Cfr. considerando 9 del voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni, en “*Brusa, Víctor H.*”, C.S., 11/12/2003, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 26/5/2004, p.15.

prema *por circulación de expedientes*<sup>22</sup>. Si, eventualmente, se convalidara el cargo reprochado al Juez Boggiano de haber “cambiado su voto” (en realidad su proyecto de voto) en el caso “Meller”, se bloquearía el trabajo de la Corte Suprema; se pondrían bajo sospecha las reflexiones y mudanzas de criterios interpretativos a que pudieran dar lugar la circulación de los proyectos de los ministros; se neutralizaría, en fin, *hasta su anulación* una herramienta de confrontación de ideas y un mecanismo habitual y propio de los jueces de la Corte Suprema para arribar a las mayorías requeridas a fin de resolver los conflictos que llegaran a sus estrados.

Pero aun más, la Corte Suprema en el caso “*Boggiano s/juicio político seguido por el Honorable Senado de la Nación*”, del 27 de septiembre de 2005, al declarar admisible el recurso extraordinario y la queja interpuesta consideró que “*los argumentos desarrollados por la defensa pueden involucrar cuestiones de orden federal que exhiben trascendencia institucional en un grado de relevante intensidad y son susceptibles de ser examinados en la instancia del art. 14 de la ley 48*”<sup>23</sup>.

En la misma línea que habilita la revisión judicial en materia de juicio público de responsabilidad política se inscribe *explícitamente* el dictamen del Procurador General de la Nación, en el caso “*Boggiano*”.

En efecto, el Dr. Righi opinó que:

“Ante todo, cabe recordar que tradicionalmente el proceso de enjuiciamiento y remoción de magistrados judiciales fue considerado como una de las denominadas cuestiones políticas no justiciables, situación que poco a poco fue cambiando en la jurisprudencia del Tribunal hasta desembocar en el *leading case* «Nicosia» (Fallos: 316:2940), *cuya doctrina se encuentra consolidada*.

”En dicho precedente la Corte extendió al proceso de enjuiciamiento y remoción de los magistrados judiciales la doctrina que había desarrollado con relación a iguales procedimientos contra jueces provinciales, criterio adoptado a partir del caso “*Graffigna Latino*” (Fallos 308:961), en cuanto a que *las decisiones adoptadas por órganos ajenos a los poderes judiciales locales configuran una cuestión justiciable cuando se invoca por la parte interesada la violación del debido proceso, dado que entendió que las razones que sustentaban esa posición —expuestas en numerosos casos de juicios políticos provinciales— mutatis mutandi eran aplicables a supuestos como el de autos*”<sup>24</sup>.

A más, en opinión del Procurador General, la doctrina de la Corte Suprema es clara acerca de que el Senado de la Nación, en las actuaciones referidas al juicio político, “*configura un órgano equiparable a un tribunal de justicia*” y que, “... desde el punto de vista sustancial, nada obsta a que aquel órgano legislativo,

<sup>22</sup> Ver, especialmente, impugnación de este cargo -que finalmente fue aprobado por el Senado- en el “Escrito de Defensa” que se acompaña. Cfr. Tercera Parte, Cap. I, § 6, pág. 163 y la crítica a ese aspecto de la sentencia en el recurso extraordinario federal interpuesto ante el H. Senado. Cfr. § 3. I, pág.10.

<sup>23</sup> Cfr. B.1695.XLI, C.S., Recurso de Hecho, 27/9/2005 (énfasis agregado).

<sup>24</sup> Cfr. Punto III del dictamen del Procurador General de la Nación en B.1695.XLI, C.S., Recurso de Hecho, 27/9/2005 (énfasis agregado).

constituido en «*tribunal*» sea equiparado a «*tribunal de justicia*», a los fines del recurso extraordinario<sup>25</sup>.

No obstante, sentado el principio de la revisión judicial en materia de juicio político —doctrina ya consolidada en la República Argentina— el Procurador General dictaminó que:

“Sólo patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante los estrados judiciales, y siempre y cuando sea acreditado por el recurrente no sólo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso”<sup>26</sup>.

Pues bien, he ahí el punto clave de la revisión de los procedimientos en el juicio político: determinar qué se entiende —qué entiende el Poder Judicial— por patentes violaciones a aspectos esenciales del *derecho de defensa* y del *debido proceso* y de qué modo *la reparación del perjuicio resulta conducente para variar la suerte del proceso*. En este caso, para declarar nula, inconstitucional e irrazonable la destitución del juez Boggiano y la inhabilitación por tiempo indeterminado que le aplicó el Senado de la Nación. Y la determinación de esos extremos resulta sustantiva porque tanto el Procurador General en el caso “*Boggiano*” —como a su turno el primer voto de la Corte Suprema en el caso “*Moliné O’Connor*”— no parecen admitir la completa asimilación de la función que ejerce el Senado en el juicio público de responsabilidad política, con la que es constitucionalmente esperable de un tribunal de justicia<sup>27</sup>. Más allá de cuán cuestionable resulte esta doctrina —e inconsistente desde la perspectiva lógica— debemos decir que en este proceso seguido al juez Boggiano y en el que se dispuso la destitución e inhabilitación del magistrado, las violaciones a los principios del *juicio justo* emitido por un tribunal imparcial e independiente, y el aniquilamiento del derecho de defensa han constituido las reglas reiteradas por parte del Senado de la Nación. Esa inequidad manifiesta asume una gravedad mayor que hace no solo *admisible* el recurso extraordinario interpuesto —por debatirse en él una cuestión federal suficiente y haber resultado la decisión tomada por el Senado, contraria al bloque de constitucionalidad invocado—, sino también *procedente* el remedio federal articulado en lo *sustantivo* en tanto esas denegaciones afectan directamente a los cargos imputados.

De la procedencia sustancial se trata en el párrafo siguiente y en los subsiguientes, con indicación precisa de los agravios inferidos al acusado.

## II. Procedencia *sustantiva* del recurso extraordinario

<sup>25</sup> Cfr. Punto III del dictamen del Procurador General de la Nación en B.1695.XLI, C.S., Recurso de Hecho, 27/9/2005 (bastardillas en el original).

<sup>26</sup> Cfr. Punto III del dictamen del Procurador General de la Nación en B.1695.XLI, C.S., Recurso de Hecho, 27/9/2005.

<sup>27</sup> “*Moliné O’Connor, Eduardo*”, C.S. M56, L.XL, 1º/6/2004.

### A) La cuestión en general

En este juicio político se ha juzgado, vituperado y condenado el *contenido de una sentencia*<sup>28</sup>, la *interpretación legal efectuada* por el juez Boggiano en un expediente judicial y el *modo de deliberar y tomar la decisión* que en definitiva resultó, según la sana convicción del magistrado acerca de la aplicación de la ley —luego de la circulación de los autos—, tal como es de práctica habitual en el trabajo de la Corte Suprema.

El Senado de la Nación constituido en Tribunal del juicio público de responsabilidad política seguido contra el juez Boggiano y los senadores-jueces que integraron ese tribunal, *desconocieron* y *negaron* pruebas, *bloquearon* la libre producción de otras y *condenaron* inconstitucionalmente —y más allá de toda medida razonable y proporcional al decretar la inhabilitación por tiempo indeterminado— al magistrado bajo proceso político.

Esa conducta incomprensible bajo las reglas del Estado de Derecho que asumieron el tribunal del Senado y algunos de los legisladores-jueces que lo integraron, no todos, por cierto, trae el recuerdo de la tipología de magistrados tomada de tres arquetipos de jueces célebres —tristemente célebres— de la cultura de Occidente que elaborara el profesor MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI<sup>29</sup>.

Permítasenos, entonces, memorar en una prieta síntesis las características salientes de aquellos jueces tomada de la reflexión del doctor CIURO CALDANI. El profesor aludió a un tribunal —el que condenó a Sócrates a la pena de muerte— y a dos jueces, Caifás y Pilatos. El primero estuvo integrado por un tipo de jueces que se *enojan con el procesado*. Ya en los alegatos, el codefensor del juez Boggiano, Marcelo Sancinetti, se refirió a ese proceso histórico y narró una circunstancia atroz: varios jueces que declararon inocente a Sócrates, votaron contra él la condena a muerte —irritados por las palabras del acusado, dichas después de la sentencia de culpabilidad—. Agrega esta defensa una variante del juez que *se enoja* durante el proceso —no necesariamente excluyente de ésta— y es la del magistrado que *se disgusta* con los defensores del acusado<sup>30</sup>.

Caifás simboliza al juez que no advierte el *carácter no habitual* de lo que el procesado propone examinar al tribunal que lo juzga. Por cierto, para aquel proceso excepcional y único, el profesor CIURO CALDANI mencionó la defensa *revolucionaria* que usó en esa ocasión Cristo, difícil de elaborar en la cultura en

<sup>28</sup> Basta reparar en los alegatos de la acusación vertidos por el Diputado Falú en la Sesión del 22 de septiembre de 2005, para advertir tanto las generalizaciones como el reproche ideológico y los prejuicios que campearon en toda la pieza referida. Cfr. Cámara de Senadores de la Nación. 31° Reunión — 11° Sesión en Tribunal— 22 de septiembre de 2005 (Juicio político al juez de la Corte Suprema de Justicia de Nación, doctor Antonio Boggiano).

<sup>29</sup> MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI, *Bases éticas para la Atribución de jurisdicción*, Conferencia General brindada en las XVI Jornadas científicas de la Magistratura Argentina, San Carlos de Bariloche, 6 al 8 de octubre de 2005.

<sup>30</sup> Cfr. Intervención de la senadora Farnández de Kirchner y del senador Yoma, entre otros, en la sesión en que se decretó la suspensión del juez Boggiano; v. Cámara de Senadores de la Nación, 20.ª Reunión, 6.º Sesión en tribunal, 22/6/2005 (Juicio político al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano), versión taquigráfica.



la que se la oyó. De ningún modo estamos cometiendo la irreverencia de *identificar* el proceso en el que intervino Caifás con el seguido al juez Boggiano; sólo estamos trayendo a la reflexión de V.E. las dificultades —cuando no el desinterés más absoluto— que se han evidenciado en el Senado de la Nación para aceptar planteos jurídicos y técnicos al que nos vimos obligados, precisamente, en razón de que los cargos se referían al modo de aplicar el derecho, de interpretar la ley, de seguir o mudar la jurisprudencia del tribunal, de justificar o no los cambios de jurisprudencia, de evaluar con buena fe la práctica habitual de mudar el *proyecto de voto* en el proceso de *circulación de expedientes* de la manera en que trabaja la Corte Suprema en la República Argentina.

Por fin, Pilatos encarna a los jueces que *eluden* su responsabilidad, en el caso, con el procedimiento de *lavarse las manos* acerca de la suerte que en definitiva correrá el acusado. En el tribunal del Senado de la Nación, varios legisladores-jueces dejaron de concurrir sin justificación atendible alguna al momento en que se emitió la sentencia condenatoria en el juicio público seguido al juez Boggiano. Abandonaron su responsabilidad ante el enjuiciado e incumplieron sus deberes para con la república democrática y sus instituciones. Volveremos sobre este punto al fundar agravios específicos (véase, p. ej., *infra*, § 11, II).

Queda a la Corte Suprema —ante quien recurrimos en su calidad de tribunal de garantías constitucionales— examinar y evaluar *de qué modo y con qué extensión* aquellas características temibles de los arquetipos judiciales que hemos recordado en este recurso anidaron en algunos jueces del Senado de la Nación y les llevaron a violentar el juicio justo que reclamó infructuosamente el juez Boggiano y que le era debido bajo las reglas de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

## **B) La procedencia del recurso por violación a las reglas del debido proceso**

Esta Defensa —así lo dijo en sus alegatos— no abdicó del principio en virtud del cual no debe enjuiciarse a los magistrados por el contenido de sus sentencias, tal como lo exige el aseguramiento de la independencia judicial. Sin embargo, no eludió probar la corrección constitucional y legal de los votos emitidos por el juez Boggiano; examinó los cargos articulados por la acusación y los rebatió; diferenció el voto del juez Boggiano emitido en la causa “*Meller*”, del voto que encabezó la decisión de la Corte Suprema —distinción esencial dado el empecinamiento de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación en juzgar el contenido de la sentencia aludida—; propuso testigos expertos en sentencias judiciales de la Corte Suprema —los ocho integrantes del Tribunal— y al ex Procurador General quien dictaminó en el caso “*Meller*” en el mismo sentido que luego siguió el voto del juez Boggiano; pidió que se tomara declaración indagatoria al juez Boggiano a fin de que los senadores estuvieran en condiciones de preguntar libremente al señor ministro de la Corte y, éste, a su vez, pudiera explicar exhaustivamente su decisión, la ley que aplicó, la interpretación que efectuó y las consecuencias que se derivaron de su voto —todas estas probanzas fueron desestimadas sin dar razón alguna de ello—; procuró examinar testigos a fin de probar

que los cargos no se sostenían ni en los *hechos* acaecidos ni en el *derecho* aplicable y, en la audiencia respectiva, sufrió impedimentos inadmisibles que obstaculizaron ostensiblemente el derecho a probar que el voto cuestionado *era correcto*; que el juez había aplicado la ley; que el voto se sostenía en fundamentos sólidos; era diferente al primer voto que encabezó la sentencia en el caso “*Meller*” y que sirvió de base en la destitución del entonces ministro de la Corte Suprema, Moliné O’Connor; y no había causado perjuicio alguno al Estado.

Más allá de que en los capítulos respectivos la defensa mostrará las violaciones al debido proceso derivadas de que éste estuvo encabezado por una acusación nula (v. *infra*, § 4) y tramitado ante un tribunal que no satisfacía la garantía de independencia e imparcialidad (v. *infra*, § 5), para dar lugar a una defensa plena, tramitó luego con lesión a las reglas de quórum (v. *infra*, § 6), no se reconoció la cosa juzgada parcial ni la nulidad parcial manifiestamente procedentes (v. *infra*, § 7), siguió con las más graves restricciones al ejercicio del derecho de defensa (v. *infra*, § 8), concluyó con una sentencia infundamentada (v. *infra*, § 9), a pesar de que la defensa demostró claramente que el voto del juez Boggiano en la causa de referencia era jurídicamente inobjetable (v. *infra*, § 10), y se falló la causa con lesión al derecho del acusado a que el tribunal esté integrado debidamente (v. *infra*, § 11), aplicando además una pena accesoria de inhabilitación por tiempo indeterminado sin que se reunieran los dos tercios exigidos por la Constitución (v. *infra*, § 12), pena que por lo demás es en sí misma inconstitucional (v. *infra*, § 13), nos permitiremos transcribir seguidamente un tramo de la audiencia de testigos celebrada el 30/8/2005, ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación.

El desarrollo de esa audiencia constituye una evidencia más de la obstaculización del derecho de defensa al que fue sometido el juez Boggiano, habla por sí sola y muestra el *palmario desinterés* de los senadores de la Nación por conocer la *verdad jurídica objetiva* —requerida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a *cualquier* juez, en *cualquier* tipo de proceso— en torno a los cargos imputados al juez Boggiano.

En efecto, durante el interrogatorio al Dr. Osvaldo Siseles, funcionario del Ministerio de Economía y destacado profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se le preguntó al testigo acerca del dictamen del ex Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás Becerra, de los votos emitidos en el caso “*Meller*” y de las consecuencias específicas que esos votos habrían tenido para las arcas del Estado argentino. Si V.E considerara pertinente solicitar al Senado de la Nación la remisión de los autos principales o copia fiel de estas actuaciones —tal como ya lo hizo en ocasión de la queja presentada en autos “*Boggiano, Antonio s/juicio político seguido por el Honorable Senado de la Nación*”— que desde ahora se deja peticionada, podrá el Tribunal advertir por sí mismo el desinterés absoluto de los senadores por desarrollar un *juicio justo* y por arribar al conocimiento de la *verdad objetiva*. Veamos, siquiera, un tramo significativo de lo que afirmamos.

”**Sra. Gelli:** El doctor Becerra —según lo que tengo aquí, usted está leyendo allí— dice que como el fallo del TAOP es inapelable, resulta desestimada la queja y, entonces no va a examinar el problema de la extemporaneidad del recurso. ¿A usted le parece que esa es una decisión correcta?

”**Sr. Falú:** No es testigo de concepto el doctor Siseles.

”**Sra. Presidenta (senadora Fernández de Kirchner):** Reitero un poco lo que dije al principio. Los funcionarios que han sido citados lo fueron por la intervención que tuvieron en esta causa y por el conocimiento que pudieran tener acerca de hechos en que estuvieron. Ahora bien, pedirle la opinión acerca de los dictámenes de otros funcionarios... me parece que se bastan a sí mismos los instrumentos. No me parece pertinente.

”**Sra. Gelli:** Señora presidenta: insisto en esto porque, primero, es un decreto que pasó por el Ministerio de Economía (el que anuló el pago a Meller). Y segundo, porque *nosotros habíamos pedido la citación de los ministros de la Corte en calidad de expertos en estas cuestiones, para dilucidar si los votos están bien o están mal*. Y como no hemos podido preguntar a los ministros de la Corte, le queremos preguntar a un destacado...

”**Sra. Presidenta (senadora Fernández de Kirchner):** Perdóneme doctora. *El tribunal que juzga al doctor Boggiano —que es el Senado—, decidió en reunión plenaria del cuerpo que prueba era admisible y qué prueba no lo era*.

”**Sra. Gelli:** Justamente por eso...

” **Sra. Presidenta (senadora Fernández de Kirchner):** Si la prueba no ha sido admisible, no puede sustituirla preguntándole acerca de otros testigos a otro de los testigos.

”**Sra. Gelli:** No es la prueba sino el testimonio...

”**Sra. Presidenta (senadora Fernández de Kirchner):** Es una cuestión de sentido común”<sup>31</sup>.

Conviene recordar, a estas alturas, que en el juicio público de responsabilidad se juzgó, condenó e inhabilitó por tiempo indeterminado a un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la decisión que tomó en una controversia judicial. Pudo esta Defensa aferrarse a la doctrina jurídica que rechaza el examen del contenido de las sentencias judiciales como causal de remoción<sup>32</sup>, salvo, por supuesto, comisión de delitos o la evidencia de un patrón de interpretación jurídica que implique un desconocimiento grave y absoluto del derecho vigente (v. al respecto, *infra*, § 10). Sin embargo, aceptó examinar los votos del juez Boggiano y demostrar ante el Senado de la Nación que los cargos carecían en absoluto de fundamentos. En contraposición a esta actitud que asumió nuestra parte, la respuesta del Tribunal del Senado consistió en denegar prueba y destituir, sin fundamento alguno (v. *infra*, § 9), por los seis cargos referidos a la causa “Meller”.

<sup>31</sup> Cfr. Cámara de Senadores de la Nación, Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales, 30/8/2005, pp. 24/25.

<sup>32</sup> Cfr. RAFAEL GUTIÉRREZ, *Cuestiones actuales sobre la independencia del Poder Judicial*-, Exposición brindada en el Panel sobre Derecho Constitucional – Independencia del Poder Judicial, celebrado en las XVI Jornadas científicas de la Magistratura Argentina, San Carlos de Bariloche, 6 al 8 de octubre de 2005. El Expositor es juez de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

Pues bien, si el Senado de la Nación se arrogó la atribución de decidir acerca de si una interpretación jurídica era correcta o no, ajustada a derecho o no, cabe a la Corte Suprema reexaminar aquellos cargos referidos al voto en cuestión, pues se trata, otra vez, de *interpretaciones jurídicas* (v. al respecto, *infra*, § 10, III, IV).

**C) La procedencia del recurso por la destitución del juez Boggiano motivada en el contenido de su voto en una sentencia judicial**

La interpretación que los jueces hagan de las normas jurídicas y de sus propios precedentes en las sentencias que emitan y el criterio u opiniones vertidos en sus fallos —sobre todo en el ejercicio del control de constitucionalidad, una de las atribuciones más sutiles, complejas y difíciles entre todas las atribuidas al Poder Judicial y en última instancia a la Corte Suprema— están directamente relacionados con la independencia e imparcialidad en la función de administrar justicia.

Ello exige que los magistrados no se vean expuestos al riesgo de ser enjuiciados por esas razones, siempre que las consideraciones vertidas en sus sentencias no configuren los casos excepcionales antes indicados, que demuestren la incompetencia para el cargo<sup>33</sup>.

Por otro lado, el art. 14, últ. párr., de la ley 24.937 estableció, respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Magistratura sobre los magistrados, que queda asegurada en el ejercicio de esa competencia la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de sus sentencias. Acerca de la cuestión, la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura sostuvo que la norma mencionada asegura imperativamente la independencia de los magistrados y halla fundamento en la doctrina según la cual la interpretación de normas jurídicas es un resorte exclusivo de los jueces de la causa<sup>34</sup>.

Aunque la ley 24.937 no dispuso lo propio respecto de la competencia para *remover* a los jueces, va de suyo que se aplica, al proceso de destitución, similar límite que a aquella potestad disciplinaria, porque la garantía de *independencia en los criterios jurídicos de decisión deben asegurarse siempre*, más aun cuando su no aseguramiento devendría en la destitución de un magistrado, es decir, en el apartamiento de un juez de la función para la cual la Constitución le concedió inamovilidad como garantía de los justiciables y de control del poder.

<sup>33</sup> Cfr. considerando 9° del voto de la mayoría, con cita de *Fallos* 274:415, en “*Bustos Fierro, Ricardo*” JEMN. (26/4/2000) En el caso se imputaba al juez las causales de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones y presunta comisión del delito de prevaricato cometido en los autos “*Carbonetti, Domingo Ángel, Partido Justicialista Distrito Córdoba C/Estado Nacional y Convención Constituyente s/acción declarativa de certeza*”. La demanda se había promovido a fin de eliminar los impedimentos constitucionales que prohibían una nueva candidatura a la presidencia de la Nación del entonces presidente Carlos Saúl Menem. Aunque las normas constitucionales que correspondía aplicar al caso de la reelección presidencial que se pretendía eran, a nuestro juicio, bien claras en sentido contrario a la petición —incluida la disposición transitoria novena, sancionada para que no hubiera lugar a dudas al respecto— el Jurado de Enjuiciamiento, por mayoría, rechazó las causales de remoción, ordenó reponer al magistrado suspendido en sus funciones e impuso las costas al Fisco.

<sup>34</sup> Cfr. dictamen 57/00 de la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura en el Expte. 460/99, caratulado “*Bova, Carmelo c/ doctores Julio Víctor Revoredo, Jorge Jaime Hemmingsen y Alberto Ramón Durán*”.

Tampoco, en principio y en general, el *error judicial* constituye causal de remoción de los magistrados, pues la tarea de juzgar no se encuentra exenta de tal posibilidad<sup>35</sup>. Tal extremo hasta fue reconocido en el informe acusatorio aprobado por la Cámara de Diputados contra el juez Boggiano.

La alternativa contraria, de examinar el desempeño de los magistrados por la interpretación del derecho que ellos hagan en sus sentencias —salvo las excepciones antes hechas— afectaría la independencia de los jueces, la libertad y autonomía de criterio con la que deben resolver y se los sujetaría a la presión o amenaza del poder político o de los intereses sectoriales. Debe ser tenido en cuenta, además, que, al aplicarse el derecho, éste se interpreta, y la interpretación, en todos los casos, implica optar entre alternativas posibles más o menos acertadas, pues el interpretar siempre presupone una *decisión*. En ocasiones, lo que para unos constituye un error insostenible, para otros significa una línea interpretativa novedosa que abre camino a los cambios sociales.

La posibilidad de error en la interpretación del alcance de los derechos y del control de constitucionalidad es admitida expresamente por la Suprema Corte de los Estados Unidos como justificación para mudar sus decisiones. Pero ese tribunal es el único juez del error y de la mudanza de la doctrina.

Así ha dicho:

“III...Dieciocho años de esfuerzo judicial con virtualmente nada para mostrar por esa tarea justifica que volvamos a la pregunta acerca de si el estándar prometido en Bandemer existe. Como la siguiente discusión revela, no han surgido estándares discernibles y manejables para decidir en demandas por *gerrymandering* político. Careciendo de ellos, debemos concluir que las demandas por *gerrymandering* político son no justiciables y que Bandemer fue *erróneamente decidido*”<sup>36</sup>.

El examen de las sentencias de la Corte Suprema como causal de destitución en juicio político —o de los diferentes votos de sus integrantes, ya sean que éstos integren la decisión mayoritaria o la minoritaria— reviste mayor gravedad y afecta en mayor medida la división de poderes en razón de la atribución conferida al Tribunal para efectuar el control de constitucionalidad en última instancia.

En efecto, si los legisladores pueden examinar el modo, alcance y pertinencia del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema o los límites de tal control de la manera en que el Tribunal los considere procedentes, la doctrina creada por el Congreso cuando destituye a un magistrado judicial por el contenido de las sentencias se constituirá en el criterio implícito de decisión que *condicionará* a los jueces.

---

<sup>35</sup> El eventual error de derecho está previsto en el sistema judicial y, para remediarlo, existen las vías recursivas *que correspondan* a fin de revisar y enmendar, si fuere menester, las decisiones erradas de los magistrados o de reparar los daños causados por tales errores. En ese sentido, p. ej., la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoció que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial...” (art. 10, CADH).

<sup>36</sup> Cfr. “*Vieth et al. v. Jubelirer, President of the Pennsylvania Senate, et, al*”. SC USA (2004). La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional. Buenos Aires, 25/2/2005 (énfasis agregado).

Hacemos presente que no afirmamos aquí que una presión de tal envergadura *determinará* las pautas de interpretación y decisión de los jueces de la Corte Suprema en toda ocasión, porque siempre habrá magistrados que pese a ello examinarán las cuestiones con independencia de criterio, dispuestos a pagar los costos que ello implique. Lo que queremos significar es que el sistema de la república democrática se articula en áreas de poder propias de cada uno de los órganos que las restantes autoridades deben respetar. Del mismo modo que en los Estados Unidos —porque sobre el punto ese es el sistema adoptado por la Constitución Nacional—, *las decisiones de la Corte Suprema no son finales por ser infalibles. Son infalibles porque son finales*, agregaríamos nosotros: *en el orden interno*.

A mayor abundamiento nos permitimos transcribir el voto del senador Agúndez en el juicio seguido al juez Ricardo Lona por el Jurado de Enjuiciamiento que indica la doctrina que ese Jurado tiene acerca de la improcedencia de destituir a los jueces por el contenido de las sentencias:

“7º) El contenido de la sentencia —causa insuficiente para acusar por mal desempeño—.

”Conforme ha sido expuesto el presente cargo por la acusación, corresponde decir, en principio, que el mismo se funda en la discrepancia que el órgano acusatorio encuentra con el “*encuadre normativo*” que ha efectuado el juez Lona en la respectiva sentencia de sobreseimiento, imputándole la “*incorrecta*” aplicación de las normas vigentes en este orden de ideas, y tal como este Jurado lo ha expresado oportunamente, la errónea aplicación del derecho que se imputa a un magistrado es insuficiente para sustentar la acusación por mal desempeño (fallo “Leiva”). Como principio general y de acuerdo a la jurisprudencia de este Cuerpo, como así también a la letra expresa de la ley (Art. 14, Inc. B, Ley 24.937), cabe señalar que los jueces no serán sometidos a procesos de responsabilidad política —remoción— por la interpretación del derecho que realizan ni por el contenido de sus sentencias.

”El propio Consejo de la Magistratura que hoy acusa, ha sostenido que:

”«... *debe procurarse evitar que se utilice la solicitud de sanciones disciplinarias o inclusive la amenaza de juicio político, como herramientas para condicionar el ejercicio independiente de la magistratura... No cabe pues... cercenar la libertad de deliberación y decisión que deben gozar los jueces en todos los casos sometidos a su conocimiento*» (Res. N° 212/2001, recaída en Expte. N° 89/2001, el 11 de Julio de 2001). Debe señalarse que el posible error de las resoluciones judiciales, con prescindencia del Juicio que pueda merecer lo decidido respecto de su acierto, no puede determinar el enjuiciamiento del magistrado (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos* 271:175; 272:193 y 301:1237; entre otros).

”[...]

”La interpretación de las normas aplicables al caso efectuada por el magistrado, contenidas en la sentencia del 9 de septiembre de 1988 —conteste con la opinión expuesta por el Sr. Fiscal Federal, en el dictamen de fecha 7 de septiembre de 1988—, más allá de su acierto o error, comporta la adopción de un determinado criterio jurídico en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, materia ajena —como principio— al juicio político”<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. consid. 7º del voto del jurado Jorge Alfredo Agúndez en “*Doctor Ricardo Lona s/pedido de enjuiciamiento*” JEMN, 18/2/2004.

El Senado de la Nación ha destituido al juez Boggiano por su voto en la causa “Meller”, ha aceptado todos los cargos presentados por la Acusación respecto a esa sentencia, aun cuando dos de ellos expresaban la misma conducta formulada de dos modos diversos, tal como lo hacían los cargos 2 y 3, más allá de otros vicios de nulidad parcial que afectan a los demás cargos del caso “Meller” (v. *infra*, § 7) y lo ha inhabilitado por tiempo indeterminado (v. *infra*, §§ 12 y 13). Esta Defensa ha sostenido y sostiene que esos cargos son infundados y no se sostuvieron en prueba alguna. Si quedaban dudas al Senado acerca de la cuestión, no se explica por cuáles razones desestimó nueve de los catorce testigos propuestos; pues admitió sólo *un* testigo propio (v. *infra*, § 8, II). Cuatro de los aceptados por el Senado de la Nación eran comunes con los ofrecidos por la Acusación, quien los desistió, aunque se reservó el derecho de repreguntar a los testigos que había desistido (!), como se encargó de señalarlo la señora presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales en la audiencia del 30/8/2005<sup>38</sup>.

**D) La procedencia del recurso  
contra la “inhabilitación por tiempo indeterminado”**

Más allá de los agravios que suscitan a nuestra parte el modo en que se decidió y votó en el Senado de la Nación en la noche del 28/9/2005, debemos decir que la inconstitucional, irrazonable y desproporcionada *sanción* aplicada al juez Boggiano, probó, finalmente, el punto sostenido por la defensa desde el comienzo de este proceso.

En efecto, el Senado impuso una sanción —accesoria a la remoción— de carácter penal. Con ello reconoció que el juicio público de responsabilidad política es un *verdadero juicio penal*, lejos, muy lejos de las temerarias expresiones de la acusación, quien quiso equipararlo —para burlar las garantías más estrictas del proceso penal que correspondía respetar— a un *procedimiento administrativo*.

Dijo la acusación:

“El juicio político *parlamentario* es un *procedimiento administrativo* que la Constitución ha encargado de modo *definitivo* y *excluyente* al Congreso de la Nación.

[...]

”Se trata de un procedimiento en el que se juzgan culpas políticas (causas de responsabilidad) a tenor del impacto que en la comunidad produce la inconducta del enjuiciado.

”No es un *juicio penal*; es un proceso que sólo tiende a la remoción del imputado. Y si bien se han realizado analogías al proceso penal, creemos que tal analogía es sólo parcial, porque si bien puede permitir comprender ciertos aspectos del proceso, implica una simplificación excesiva ya que omite considerar la base política e institucional del juicio político, que lo hace *sustancialmente diferente del proceso penal*”<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. Cámara de Senadores de la Nación, Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales, 30/8/2005, p. 2.

<sup>39</sup> Cfr. Cámara de Diputados de la Nación. Sesiones Ordinarias, 2004, Orden del día N° 1755, p. 5, puntos 1 y 2. Énfasis agregado.

Pues bien, resulta que el Senado ha aplicado una sanción penal, como pena accesoria a la destitución —y por primera vez en la historia de los juicios políticos a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, ¿acaso porque los senadores-jueces que votaron la inhabilitación —y por añadidura, por “tiempo indeterminado”— actuaron como *jueces irritados* con el acusado?

Por lo demás, esta insólita medida de inhabilitar por *tiempo indeterminado* contemplada en el art. 15 del Reglamento del H. Senado constituido en tribunal para el caso de juicio político, resulta *inconstitucional* en sí misma (v. *infra*, § 13) y, por lo demás, no fue votada en respeto a la regla de dos tercios, por lo que es nula ya por esa razón (v. *infra*, § 12). En efecto, la Constitución Nacional no dispone en el art. 60 tal amplitud para la inhabilitación y, además, el *tiempo indeterminado* viola el mandato de certeza de toda sanción penal (*lex certa*), por tanto, el art. 18, CN (v. *infra*, § 13).

Por otro lado, la inconstitucionalidad y la irrazonabilidad por desproporción en su alcance surge, nítida, de la falta de fundamentos que afecta a toda la sentencia, y en particular a decisión que impone una medida tan grave.

Comoquiera que fuese, la sanción produce otro efecto, tal vez no examinado con independencia e imparcialidad por el Senado de la Nación y es que, por aplicación del art. 8, párr. 2, *h*, CADH, resulta insoslayable la revisión por la Corte Suprema de la sentencia dictada por el Tribunal del Senado, en tanto la citada norma dispone que:

“Art. 8. Garantías judiciales [...]

”2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...

”h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En suma, en razón de *la pena* de inhabilitación impuesta en la sentencia del H. Senado, en infracción por lo demás al requisito de dos tercios (v. *infra*, § 12) y siendo en sí una pena inconstitucional por violación de la *lex certa* (v. *infra*, § 13), situación que se ha producido por primera vez en la (triste) historia de los enjuiciamientos a ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, devienen plenamente aplicables todas las garantías propias de los procesos penales, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por lo demás siempre vigentes para enjuiciamiento de magistrados de tribunales constitucionales, en el conocido “*Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*”<sup>40</sup>.

### III. Inconstitucionalidad e irrazonabilidad del rechazo del recurso extraordinario contra la sentencia de destitución e inhabilitación

#### A) Inconstitucionalidad del rechazo del recurso extraordinario federal

<sup>40</sup> Sentencia del 31/1/2001.



La discrecionalidad con la que el H. Senado ha manejado las cuestiones federales existentes en este caso, ignorándolas por completo, merecen que las decisiones de la Cámara de Senadores, en tanto obró como *Tribunal* del juicio público de responsabilidad, sean descalificadas como *actos jurisdiccionales* —que lo fueron en todos sus alcances— válidos, dejando sin efecto esas decisiones a fin de que se reponga la justicia y la Constitución, conforme los extremos de autos lo exigen y en concordancia con los principios generales del derecho y la axiología del sistema de la república democrática.

Las resoluciones en revisión extraordinaria mediante las cuales se destituyó e inhabilitó al juez Boggiano merecen la tacha de inconstitucionalidad por su palmaria arbitrariedad y falta de motivación y fundamentos.

El concepto de sentencia arbitraria, tal como lo ha elaborado V. E., está relacionado con la protección de la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos. El debido proceso legal, como garantía innominada dentro de la Constitución Nacional en términos de Juan Francisco Linares, encierra dos acepciones diferentes y, a la vez, complementarias: *el debido proceso sustantivo* y *el debido proceso adjetivo*. El primero tiene su sostén en el art. 28 de la Constitución Nacional, y se erige en un criterio de evaluación de la validez constitucional de *cualquier acto de autoridad bajo la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos* que alcanzaron jerarquía constitucional, a fin de posibilitar el examen de cualquiera de aquellos actos en relación a la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Suprema.

Lo hemos repetido ya muchas veces a lo largo de este enjuiciamiento político, el Estado de Derecho pretende ser un *estado de razón*, y **no** lo es si la exigencia de razonabilidad que consagra el citado art. 28 de la Constitución Nacional se convierte sólo en una declaración sin aplicación concreta. La violación de este principio, huelga decirlo, *altera* los derechos consagrados constitucionalmente y convierte a la república en una máscara de sí misma.

De su lado, el debido proceso adjetivo deriva directamente del principio de legalidad consagrado en forma general en la última parte del art. 19 de la Constitución Nacional y, de manera específica, en el art. 18 de la Ley Suprema y se constituye en un criterio insoslayable para evaluar cuán constitucionales resultan los actos jurisdiccionales.

La tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección de una sentencia definitiva o —*equiparable a definitiva*— equivocada, sino que se dirige a enderezar entuertos graves cuyo efecto sea un daño sin medida ni causa a los derechos personales, como en este caso por exceso en el ejercicio del poder. No se trata de discrepar sólo con la sustancia de la resolución, sino cuestionar que las resoluciones se hayan dictado sin base constitucional y que esas decisiones se conviertan en pronunciamientos fundados sólo en la voluntad de quienes las dictaron, *en la voluntad política quizás partidaria pero no institucional*, desde que han agraviado, también, la división de poderes. Como lo dijo la senadora Escude-

ro en la noche del 22 de junio en el Senado, les estaríamos diciendo a los jueces "...aquí tenemos una mayoría y así como los suspendí, los puedo destituir..."<sup>41</sup>.

V. E., en su calidad de último intérprete de la Constitución Nacional, por aplicación del art. 31 de la Ley Suprema, y como *tribunal de garantías constitucionales*, ha considerado procedente recursos extraordinarios no obstante tratarse de la aplicación de normas procesales, de derecho común y de cuestiones de hecho, cuando la sentencia recurrida —sea ésta sentencia definitiva o equiparable a definitiva, agrega esta defensa— sea arbitraria y carente de todo fundamento jurídico<sup>42</sup>.

Estos extremos no configuran excepciones al recurso extraordinario, sino que, en ellos, se dan los estrictos supuestos de su interposición, puesto que un pronunciamiento arbitrario y carente de fundamento jurídico no es una sentencia judicial, sea ésta definitiva o equiparable a definitiva. V. E. ha dicho que el primer requisito del amparo judicial de los derechos es que sea eso, precisamente un amparo judicial fundado en la ley. En esta línea de interpretación, la Resolución DR-JP-B)15/05 denegatoria del recurso extraordinario federal que ha dictado el H. Senado de la Nación carece de los requisitos mínimos que hacen al resguardo del debido proceso legal en su doble dimensión sustantiva y adjetiva.

Tal La arbitrariedad jurídica, el desconocimiento palmario de la Constitución Nacional evidenciado por la Cámara de Senadores de que dan cuenta la breve Resolución DR-JP-B)15/05 sin ni siquiera considerar las cuestiones constitucionales alegadas y fundadas en los hechos y el derecho —*porque ni unos ni otros se controvirtieron o examinaron de algún modo*— ha dejado a nuestra parte en un total estado de indefensión.

Pero aún más, ninguno de los argumentos que desplegó esta defensa fue considerado por la Cámara de Senadores al rechazar el Recurso Extraordinario Federal interpuesto. Tal omisión constituyó una nueva cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48 y dejó expedita la vía de excepción para ocurrir en queja ante V. E., a fin de que, haciendo lugar al recurso extraordinario, descalifique la decisión cuestionada y restablezca los derechos conculcados al juez Boggiano.

### **B) Irrazonabilidad del rechazo del recurso extraordinario federal Procedencia de la queja**

Esta defensa ha cumplimentado el deber procesal de poner en conocimiento de V. E. los fundamentos del recurso extraordinario federal, oportunamente interpuesto ante el H. Senado de la Nación y rechazado por esa Cámara mediante la Resolución DR- JP (B) 15/05. En consecuencia corresponde a nuestra parte cuestionar la mentada decisión, sosteniendo su irrazonabilidad.

---

<sup>41</sup> Véase la intervención de la senadora Escudero en la sesión del 22/6/2005, en GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, esp. p. 250.

<sup>42</sup> Cfr. GENARO R. CARRIÓ, *Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 38.

Pues bien, la arbitrariedad que atribuimos —en su oportuno momento y hemos reiterado ante V.E— a las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05, notificadas a esta defensa el 29/9/2005 y mediante las cuales el Senado de la Nación: a)rechazó los planteos de *excepción parcial de cosa juzgada y nulidad parcial de la acusación* oportunamente interpuestos; b)rechazó el pedido de *suspensión del procedimiento de juicio político*; c)rechazó el pedido de *no intervención en el procedimiento de juicio político de los Senadores que oportunamente habían sido recusados*; y d) *destituyó* al doctor Antonio Boggiano del cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, *con la imposición de la pena accesoria, al declararlo inhabilitado por tiempo indeterminado para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación, decisiones todas ellas definitivas, se agravan y confirman por los términos de la Resolución DR-JP-(B) 15/05 emitida por el H. Senado de la Nación, en tanto denegó el recurso extraordinario federal.*

En efecto, el Senado de la Nación reunido en Tribunal del juicio público de responsabilidad seguido al juez de la Corte Suprema, Antonio Boggiano, le dijo al magistrado, a sus defensores y al pueblo todo de la Nación por todo fundamento:

“II. Que, este Tribunal viene sosteniendo con firmeza y reiteradamente *la no judicialidad de sus decisiones*, lo cual implica no sólo la irrecurribilidad de las mismas sino también la imposibilidad de revisión por ningún procedimiento ni ningún órgano del Poder Judicial de la Nación. Así se impone la declaración de inadmisibilidad del recurso intentado (véase lo Resuelto con motivo de los casos “Correa” (resolución DR-JP-(C)8-95), del 13/07/95); “Trovato” (resolución DR-JP-(TR I) 1-98); “Branca” (resolución DR-JP-(B)-2/98, del 11-02-98) y “Moliné O’Connor” (resolución DR-JP-(M)-07/03 del 01-10-03) y (resolución DR-JP-(M)22/04 del 24-02-04), a cuyos fundamentos nos remitimos *brevitatis causae*), *teniendo en cuenta que dicho Tribunal ha actuado dentro de las normas del debido proceso*”<sup>43</sup>.

Y eso fue todo. El Senado de la Nación sentó ante sí y por sí el principio de la *irrecurribilidad de sus decisiones en calidad de Tribunal del juicio político y evaluó* —sin admitir control sobre ello— que *había actuado dentro de las normas del debido proceso*”. Pues bien V.E., ese breve párrafo significa, lisa y llanamente, denegación de justicia. Denegación que se perfecciona en la medida en que la resolución que rechaza el recurso expresa extraordinario federal —huérfana de todo fundamento— sólo expresa la voluntad de los legisladores y manifiesta el *hábito institucional* de concebir y actuar como si fuera posible, en el Estado de derecho, que algún poder u órgano de poder, esté exento de control.

Esa decisión *inmotivada e infundada* —que siguió en un todo el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Senadores— pretendió

---

<sup>43</sup> Cfr. Resolución DR-JP-(B)-15-05 del 9 de noviembre de 2005 (énfasis agregado).

sostenerse en doctrina elaborada por el propio Senado de la Nación en otros precedentes del cuerpo<sup>44</sup>.

Así pues, la decisión transcrita no alcanzan a satisfacer el más mínimo estándar de razonabilidad en un Estado de Derecho, en el cual todos y cada uno de los poderes del Estado —máxime si, como en el caso, no se trata de *un* poder del Estado, sino de *una* Cámara de uno de ellos— deben dar razones *consistentes* de las decisiones que toman. Las irrazonabilidades que afectan la resolución del Senado que denegó el recurso extraordinario federal se evidencian en que:

**1) *No es incontrovertido que la no revisión en términos absolutos sea doctrina de la Cámara de Senadores***

Como podría derivarse, en principio, de las afirmaciones emitidas en el Senado de la Nación y en la Comisión de Asuntos Constitucionales de esa Cámara que transcribimos más arriba, el Senado *mantendría* una postura *inalterable* acerca de la no revisión de las decisiones del Cuerpo cuando éste actúa como Tribunal del juicio político. En otras palabras, de estar a aquellas expresiones sin más análisis, el Senado sostendría —respecto de sus decisiones en el juicio público de responsabilidad política— la existencia de una *cuestión política no justificable* en términos absolutos y a despecho de la doctrina que al respecto sustenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sin embargo, ello no resulta tan claro ni contundente, si se examina con atención las discusiones mantenidas en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Senadores, habida el 30/9/2003, en la que se dictaminó el rechazo de recusaciones interpuestas por Eduardo Moliné O'Connor, durante el juicio político que entonces se le seguía al ex magistrado. Ese dictamen fue aprobado por la Cámara el 1/10/2003.

En la mentada reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 30/9/2003, se esbozaron tres posiciones acerca del rechazo o admisión de la revisión judicial de las decisiones del Senado. Del modo en que se discutió el problema —aunque la cuestión en análisis se refería a las recusaciones planeadas por el enjuiciado— las posturas se extendieron *a cualquier decisión* que tomara la Cámara, en su calidad de tribunal del juicio político. Así, se pronunciaron por el *rechazo absoluto* de la revisión judicial, la senadora Fernández de Kirchner y, aunque con algunos matices, también los senadores Yoma, Ibarra y Jeneffes. En cambio, en favor de *la revisión judicial*, argumentaron la senadora Escudero y — en una posición que compartió el senador Prades— también el senador Moro, quien enfatizó la necesidad de *fundamentar* el rechazo, en caso de que éste correspondiera.

El senador Moro dijo además que:

---

<sup>44</sup> También lo afirmó en ocasión de dictar la Resolución DR-JP- (B) 8-05 del 10 de agosto de 2005. Cfr. Cámara de Senadores de la Nación, 23.<sup>a</sup> Reunión - 7.ª Sesión en tribunal - 10/8/2005 (Juicio Político al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano).

“En el Estado de Derecho no puede haber ninguna zona de actividad —y menos de actividad pública— que quede absoluta y eternamente marginada de la posibilidad de control de constitucionalidad. Por lo menos, como una cuestión de principio, creo que eso debe quedar claro”<sup>45</sup>.

Por fin, en una postura que calificó de “mixta”, la senadora Negre de Alonso distinguió los supuestos en que sí procedería la revisión, en casos en que no se respetasen las garantías constitucionales, refiriéndose expresamente al precedente de la Corte Suprema en el caso “Nicosia”, y a la evolución experimentada por la doctrina de la Corte en esta materia.

La disparidad de criterios entre los senadores que acabamos de describir volvió a evidenciarse en la reunión del 9 de agosto e 2005, durante el trámite del juicio político del juez Antonio Boggiano. En la ocasión, la senadora Sonia Escudero planteó la necesidad de que el Senado se expidiese expresamente acerca de si la Cámara interpretaba que las decisiones del cuerpo en materia de juicio político eran, en algunos casos, revisables o no. A ello se opuso de modo terminante y sin apelación alguna la presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, senadora Fernández de Kirchner.

Este es el modo en que la por entonces senadora por la Provincia de Santa Cruz respondió a la atendible inquietud de la senadora Escudero:

“Señora senadora: esta Presidencia dirige la reunión. Por lo tanto, señalo que lo que se va a someter a consideración no son criterios interpretativos, sino si se desestima o se acepta el recurso planteado (por las recusaciones planteadas)”<sup>46</sup>.

Dicho lo cual se practicó la votación que rechazó el recurso, sin que se hubiera expresado un criterio de la Cámara acerca de si la no revisión era o no absoluta. De ese debate quedó sólo en claro que el recurso contra esas recusaciones, en el caso “Moliné O’Connor” fue desestimado.

Por otro lado, la indefinición sobre el punto volvió a evidenciarse a propósito del recurso extraordinario federal que la defensa del ex - juez Eduardo Moliné O’Connor interpuso contra el fallo definitivo del Senado que destituyó al referido juez.

En efecto, en la sesión de la Cámara de Senadores del 24/2/2004, en la que se votó afirmativamente por el rechazo de aquel recurso, los legisladores volvieron a discutir brevemente el punto, en la circunstancia, acerca de la revisión judicial del fallo de destitución. En aquella sesión, entre los pocos senadores que intervinieron, sólo el legislador por La Rioja, Eduardo Menem, se pronunció a favor de la revisión judicial de la sentencia de destitución. Pero en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales que le precedió, la preocupación mayor fue la de enfatizar que, en el caso del Dr. Moliné O’Connor, no se habían vulne-

<sup>45</sup> Cfr. Senador Moro. Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 30/ 9/2003.

<sup>46</sup> Cfr. Senadora Fernández de Kirchner. Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 9/8/ 2005.

rado sus garantías constitucionales. En ese sentido, se expidieron los senadores Negre de Alonso y Yoma<sup>47</sup>.

En síntesis, las citas con las que se intentó fundar la denegatoria del recurso extraordinario denegado que motiva esta queja, no son estrictamente aplicables al caso pues, de la primera no surge la existencia de acuerdo acerca de si la revisión nunca es procedente o lo es sólo en algunas hipótesis. En la segunda, se trata de un recurso extraordinario contra la sentencia definitiva y no se examina ninguna cautelar preventiva.

**2) La resolución ignora la doctrina actual de la Corte Suprema sobre revisibilidad de decisiones del Senado, tomadas como tribunal de juicio político: casos “Nicosia”, “Moliné O’Connor”, “Brusa” y “Boggiano”**

En efecto, aunque por mucho tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación incluyó al juicio de remoción —emanado de las legislaturas provinciales o del Senado federal— entre las cuestiones *políticas no judiciales*, fue abriéndose camino la tesis acerca de que *existían aspectos revisables* en los juicios políticos, concernientes a las cuestiones procesales y a la defensa del encausado. En esa línea, y ya *antes* de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema *admitió la procedencia del recurso extraordinario* en la hipótesis de remoción de magistrados judiciales, aun en casos en que los destituidos lo hubieran sido por autoridades provinciales, a fin de proteger la defensa en juicio de personas<sup>48</sup>.

Después de la reforma constitucional de 1994, resurgió el problema de la pertinencia constitucional de revisar las destituciones de magistrados judiciales ante los términos expuestos del art. 115 de la Constitución, en tanto la norma dispone que el *fallo del Jurado de Enjuiciamiento es irrecurrible*. No obstante, la mayoría de la Corte Suprema mantuvo la doctrina jurisprudencial anterior y consideró revisable hasta los fallos definitivos en caso de que se hubiere violado la defensa en juicio del sometido a proceso. Así, en el caso: “*Moliné O’Connor*”, el alto tribunal, integrado por conjueces, admitió la atribución de la Corte Suprema para revisar —por vía del recurso extraordinario federal— el fallo del Senado destitutorio de un magistrado judicial, aunque la Corte limitó a la revisión a la cuestión de *si hubo o no* ejercicio efectivo del derecho de defensa<sup>49</sup>.

Aunque en el caso “*Moliné O’Connor*” la mayoría de la Corte de conjueces fue muy laxa al dar por satisfecha la exigencia de la defensa en juicio, la decisión siguió la regla sentada en el precedente “*Brusa*”. En esta sentencia, en la mayoría de fundamentos emitida por los jueces *Petracchi* y *Zaffaroni*, se afirmó que una interpretación rígidamente literal del art. 115 de la Constitución Nacional, sería incompatible con las normas internacionales que tienen igual jerarquía, según la reforma de 1994. En consecuencia, “la mentada «irrecurribilidad» del art. 115 CN sólo puede tener el alcance señalado en la doctrina del caso «Nicosia» (Fa-

<sup>47</sup> Cfr. Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 24/2/2004.

<sup>48</sup> Cfr. “*Graffigna Latino y otros s/acción de amparo*” C.S. (1986); “*Magnin Suárez, Luis*” C.S. (1987) La Ley 1988-C-121; “*Nicosia*” Fallos 316:2940.

<sup>49</sup> Cfr. “*Moliné O’Connor, Eduardo*”, C.S., 1/6/2004, La Ley, 7/1/2005.

*llos 316: 2940)...”, en el sentido de que será competencia de la Corte Suprema considerar las eventuales violaciones —nítidas y graves— a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio”, pero no la valoración de las causas sustantivas que motivaron la destitución<sup>50</sup>.*

La regla del caso “Brusa” luce consistente con una interpretación armónica de las normas constitucionales relacionadas, esto es, con los art. 18, 60 y 115 de la Constitución Nacional y los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>51</sup>.

### **3) *La decisión del Senado fue irrazonable porque no se sostuvo ni en los motivos ni en los fundamentos presentados por la Defensa***

La obligación de fundar las decisiones que toman los poderes del Estado —o los organismos que los conforman, como en el caso de las cámaras del Congreso— emana de varias disposiciones constitucionales. En primer lugar del art. 1.º, en tanto allí se adopta la forma de gobierno representativa *republicana*.

Como es sabido, la responsabilidad constituye una de las notas que caracterizan de modo sustantivo a la república. Ello implica el insoslayable deber *de responder, dar cuenta* de los actos que los gobernantes —en el más amplio significado del término— emiten. Ello permite que los actos discrecionales no se conviertan en arbitrarios y, además, que la ciudadanía tome nota de *las razones* por las cuales todo funcionario público —especialmente los elegidos por el pueblo de la Nación o de las provincias— toman sus decisiones.

Pues bien, V.E., la resolución DR-JP-(B) 15/2005 luce huérfana *de todo fundamento*.

No resulta posible argüir, en efecto, que los precedentes que allí se indicaron prestan sostén a lo decidido por el Senado al rechazar el recurso extraordinario federal. En primer lugar, porque no se refieren a *todas* las cuestiones apeladas por esta Defensa. En segundo lugar, porque esos debates fueron anteriores a la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Boggiano” emitida como consecuencia de este juicio político, el 27 de septiembre de 2005. En tercer término, porque habiéndose dictado estos pronunciamientos, la Cámara de Senadores debió inexcusablemente examinar las reglas creadas por la Corte Suprema en los precedentes “Moliné” y “Boggiano” y evaluar si eran aplicables a la controversia en recurso, sobre todo porque esta defensa invocó expresamente las sentencias de V. E. dictada en ambos precedentes.

<sup>50</sup> Cfr., consid. 9 del voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni en “Brusa, Víctor H.”, C.S., 11/12/2003, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 26/5/2004, p.15 (énfasis agregado).

<sup>51</sup> Cfr. MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3.ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, abril de 2005, pp. 595 y 957. La codefensora en esta causa ha mantenido en las ediciones anteriores del mencionado libro el mismo criterio acerca de la admisibilidad de la revisión judicial en materia de juicio político, en caso de que sean afectadas — como en este caso — garantías constitucionales. Al respecto, véase la 1.ª edición (2002), pp. 423 y 704; 2.ª edición (2003), pp. 489 y 802.

V. E. podrá por sí misma examinar la brevísima consideración que mereció el rechazo del recurso extraordinario interpuesto por nuestra parte y podrá así comprobar el *absoluto desinterés* que el Senado evidenció por las alegaciones y argumentos desplegados por la defensa en la apelación. *No*, en la Cámara *no consideró* ninguno de nuestros agravios. Ni una breve crítica del contenido del recurso extraordinario federal. Se diría que los argumentos de los ciudadanos de la república en un conflicto jurisdiccional no merecen la más mínima respuesta del Senado de la Nación como no sea sostener que sus decisiones no son controlables *de ningún* modo por el Poder Judicial.

Cierto es que, siguiendo una interpretación correcta respecto del sentido de excepcionalidad del recurso extraordinario federal aplicado a los casos en los que se impugnan cuestiones procesales o supuestos de arbitrariedad, podemos concluir que V. E. ha establecido determinados principios generales para limitar la viabilidad de este recurso no legislado. Pero, paralelamente, en cada caso concreto en el cual se ha invocado la tacha de arbitrariedad, ha revisado la efectiva existencia de un agravio constitucional —cuando ha sido invocado— el eventual desvío de las leyes aplicables y sobre todo, *la total falta de fundamentos* de la decisión de que se trate, cubriendo, de esa manera, graves defectos de razonamiento o de fundamentos que impiden considerar la sentencia o resolución dictada como acto *jurisdiccional* válido. Ha sido un requisito constante en la jurisprudencia sobre arbitrariedad que la sentencia o decisión equiparable a sentencia definitiva deben contener fundamentos jurídicos mínimos, producto de una razonable interpretación. Además, y como ya lo señalara la doctrina constitucional, la excepcionalidad del recurso extraordinario federal por arbitrariedad no significa que constituya un remedio “anormal” o “heroico”.

En consecuencia, si están dadas las condiciones de procedencia, sólo corresponder admitir el recurso extraordinario, toda vez que, desde la perspectiva constitucional, la sentencia o la resolución necesariamente merezca ser descalificada como tal<sup>52</sup>.

Los requisitos de la fundamentación, exigibles a todo pronunciamiento judicial —categoría a la que pertenece la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal contra la sentencia definitiva del Senado que se impugna en esta queja— suponen la existencia de una crítica circunstanciada que refute adecuadamente los argumentos esgrimidos, en este caso por nuestra parte al sostener la tacha de arbitrariedad.

De ese modo, el expresar —como lo hace el H. Senado— que sus decisiones *no son recurribles*, sin tomar en consideración la relación directa de las resoluciones que había tomado con los agravios irreparables infligidos a nuestra parte constituye una arbitrariedad que exige ser reparada por V. E.

Concluimos, por lo expuesto, que la resolución denegatoria del Senado careció de todo fundamento constitucional, legal o jurisprudencial al desestimar el recur-

---

<sup>52</sup> Cfr. AUGUSTO MARIO MORELLO, *¿Excepción o regla? En torno del recurso extraordinario por sentencia arbitraria-* E.D. 137-943.



so extraordinario federal, pues el principio general alegado dogmáticamente se ha enunciado desprendido de los agravios esgrimidos.

En consecuencia, nuestra parte sufre un nuevo agravio constitucional, ya que por una decisión vacía de fundamentos racionales respecto del caso concreto se le deniega el derecho a ocurrir ante V. E. Tal pronunciamiento debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido.

En primer término, viola el derecho a la jurisdicción reconocido por la Constitución Nacional y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho se explicita, no sólo en la mera formalidad de ocurrir ante un órgano judicial en las distintas etapas del proceso —y en mayor medida respecto de la sentencia definitiva— sino que implica el derecho a obtener una respuesta —negativa o afirmativa— razonablemente fundada en el derecho invocado en el caso concreto. El derecho a la jurisdicción integra la garantía del debido proceso legal —garantía innominada constitucional— que implica la integral protección de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, conforme al art. 18 de la Constitución Nacional. Esta seguridad de la defensa en juicio no se agota en el ejercicio del derecho a la jurisdicción, ni en el cumplimiento formal de las etapas procesales sino que exige que todo pronunciamiento sea el resultado de un análisis crítico, que como tal debe ser fundado. Al exigir la Corte Suprema que toda sentencia debe ser la consecuencia razonada y razonable del derecho vigente y de los hechos probados en la causa, está exigiendo que el pronunciamiento judicial responda al cumplimiento del debido proceso adjetivo y sustantivo.

La violación al principio de defensa se perfecciona en la resolución cuestionada al no considerar en forma expresa ninguno de los agravios concretos esgrimidos como fundamento del recurso extraordinario federal.

Tanto el recurso extraordinario federal interpuesto, como esta presentación directa, reúnen los requisitos formales y sustanciales que imponen los arts. 14 y 15 de la Ley 48.

La discrecionalidad, la falta de fundamentos, la enunciación dogmática, la no aplicación del derecho vigente, en especial de la Constitución Nacional, la ignorancia de los valores y principios institucionales en conflicto y su consecuente protección jurídica que ha exhibido el Senado de la Nación, significan la alteración de los derechos protegidos constitucionalmente mediante un acto viciado de arbitrariedad.

La vulneración del debido proceso adjetivo implica, con relación al resultado provocado por la resolución cuestionada, la vulneración del debido proceso sustantivo. La denegación del recurso extraordinario federal es, pues, producto de la discrecionalidad del Senado. Constituye, asimismo, denegación de justicia sin fundamento legal y, por tanto, es violatorio del Preámbulo de la Constitución Nacional, que expresamente enuncia como objetivo a cumplir por todos, bajo la Ley Suprema, el de “afianzar la Justicia”.

Tanto el recurso extraordinario federal interpuesto, como esta presentación directa, reúnen los requisitos formales y sustanciales que imponen los arts. 14 y 15 de la Ley 48.

#### 4) *La denegatoria del recurso extraordinario federal desconoce la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema e induce al conflicto entre poderes*

La Resolución DR-JP- (B) 15-05 por la que se rechazó el recurso extraordinario federal constituye un nuevo alzamiento contra la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, la desestimación del recurso extraordinario, la insistencia en desoír los agravios de nuestra parte, el desinterés por examinar siquiera la posibilidad de *error* en las decisiones que se tomaron en este proceso político, no hacen más que perfeccionar el desconocimiento de los límites a que todos los poderes del Estado están sujetos. Tanto cuando se dictó la sentencia de destitución e inhabilitación por tiempo indeterminado del juez Boggiano, el 28 de septiembre de 2005, como cuando se denegó la revisión extraordinaria el 9 de noviembre del mismo mes y año, el Senado de la Nación ignoró lo resuelto por la Corte Suprema el 27 de septiembre de 2005, en autos “*Boggiano, Antonio s/juicio político seguido por el Honorable senado de la Nación*”<sup>53</sup>. En la mencionada sentencia, el Tribunal consideró que debía *abrirse la queja* interpuesta por la defensa y *declaró admisible el recurso extraordinario federal*, oportunamente articulado por nuestra parte, como consecuencia de lo cual se hallaba declarado por la Corte Suprema —como pendiente de resolución ante un tribunal superior (abierto el recurso en orden a su admisibilidad)— la regularidad del procedimiento tramitado hasta allí, y, en consecuencia, la sentencia definitiva no debía ser dictada hasta tanto se resolviese dicho recurso con carácter definitivo.

El *empecinamiento* del Senado de la Nación —de algunos senadores y senadoras— al dictar la sentencia definitiva y al rechazar el recurso extraordinario interpuesto por esta Defensa induce el conflicto de poderes. Y lo incita artificialmente pues en el Estado de Derecho todos deben someterse al arbitraje constitucional del Poder Judicial cuando están en entredicho garantías constitucionales y la preservación de las instituciones de la república

El Senado de la Nación ha destituido e inhabilitado a un juez de la Corte Suprema por el contenido de uno de sus votos en una sentencia judicial, ha anatematizado la mudanza en un proyecto de voto, ha impedido probanzas que hubieran podido esclarecer el juicio de las senadoras y los senadores y ha desobedecido una sentencia de la Corte Suprema. De ahora en más, si V.E. no pone las cosas en su quicio institucional, cualquier juez de la Corte Suprema, actual o futuro, sabrá que sus decisiones estarán sujetas a la *casación senatorial*, sin plazo alguno, porque la Cámara de Senadores quedará habilitada —cuando razones de política partidaria así lo ameriten— a desempolvar un precedente, no importa cuán antiguo sea, y con él en la mano, enjuiciar y destituir a un ministro de la Corte Suprema —o a más de uno— sin dar razón ni fundamento.

Los jueces de la República y los ministros de la Corte Suprema sabrán, si este recurso no prospera, que podrán revisarse la constitucionalidad de las leyes, o de

<sup>53</sup> C.S., B. 1695. XLI. Recurso de Hecho.

los indultos presidenciales —siempre, quizá, que se hayan dictado por otras composiciones parlamentarias o por otras administraciones— pero nunca una decisión del Senado tomada en juicio público de responsabilidad política.

No obstante el presagio, esta Defensa aún espera y confía en las instituciones de nuestro país y, sobre todo, en el compromiso de sus jueces con ella.

#### **§ 4. Nulidad del procedimiento, por la nulidad inicial de la acusación, en su total alcance (art. 8, párr. 1, CADH)**

##### **I. Planteo de la cuestión**

1. El primer agravio específico por el que la defensa lleva a conocimiento de la Corte Suprema el presente recurso, consiste en que la sentencia definitiva destitutoria, del 28/9/2005 (Sentencia DR-1128/05), es la consecuencia de un procedimiento llevado a cabo tras el rechazo de nuestro primer planteo previo del escrito de defensa, a saber: el de *la nulidad de la acusación en su total alcance*.

Tal planteo fue rechazado por el H. Senado en la Resolución DR-JP-(B)-7/05, dictada el 22/6/2005, decisión ésta que fue materia de agravio específico en el anterior recurso extraordinario de la defensa<sup>54</sup>, que se halla en trámite de traslado a la Cámara de Diputados de la Nación. Si bien se podría entender implícito en aquel recurso un planteo de nulidad permanente para todo acto ulterior del procedimiento, de todos modos la defensa se ve obligada a mantener esta cuestión tras la sentencia definitiva, para no suscitar la errada impresión de que hubiera renunciado a este agravio, al no reproducirlo contra la sentencia definitiva. Es en este sentido que se reproducirá seguidamente la argumentación relativa a la nulidad de la acusación en su total alcance, porque se trata de una excepción perentoria, que debería haber acarreado ya en su momento inicial la nulidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones. Y ahora determina también la invalidez de la sentencia definitiva, ahora recurrida.

Una mínima alteración del orden de las cuestiones respecto del planteo del anterior recurso extraordinario reside en poner por delante de este recurso, como primer agravio, esta excepción de nulidad total, del mismo modo en que esta excepción encabezó el Escrito de Defensa inicial del juez Boggiano<sup>55</sup>. Mientras que en el anterior recurso extraordinario de la defensa esta cuestión ocupó el § 5, como tercer agravio, siguiendo el orden de las decisiones del 22/6/2005, aquí se lo presenta nuevamente en primer lugar, tal como debería haber sido tratada esta cuestión, también, en la decisión del 22/6/2005. Pues respecto de la nulidad de la acusación en su total alcance no había sido recusado ningún senador, en razón de que el vicio de la acusación no se relacionaba con la intervención anterior del

---

<sup>54</sup> Recurso extraordinario de la defensa del juez Boggiano contra las resoluciones del Senado dictadas el 22/6/2005, § 5.

<sup>55</sup> Véase “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo I, pp. 41/68. Véase también GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 79/122.

Senado, sino con la de la Cámara de Diputados, de modo que a ese respecto no había ningún senador contaminado de antemano.

La primera decisión contenida en la Resolución DR-JP-(B)-7/05 del 22/6/2005, que causaba gravamen irreparable al acusado, era la del art. 4 de dicha resolución, en que se dijo:

“**Artículo 4.º.** Rechazar por manifiestamente improcedente el planteo de nulidad de la acusación en su total alcance conforme a los argumentos vertidos en ocasión de desestimarse la excusación que, con idénticos fundamentos a los sostenidos por la Defensa del Dr. Antonio Boggiano, realizó el Senador Marcelo López Arias”.

Como se dijo, ahora se reproduce el planteo en razón de la nulidad derivada que se proyecta sobre la sentencia definitiva.

2. El planteo de la *Nulidad de la acusación en su total alcance* fue desarrollado en la Segunda Parte, Capítulo I, del “Escrito de Defensa”<sup>56</sup>, y se basó en el hecho de que el fraccionamiento de la acusación producida por la Cámara de Diputados en forma “desdoblada”, de tal modo que, por hechos comunes, se llevara a cabo primeramente un juicio político contra un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Eduardo Moliné O’Connor), para lograr primeramente allí una sentencia definitiva, y, luego, sobre la base de la sentencia así obtenida, dirigir una segunda acusación contra otro juez de la Corte Suprema (Antonio Boggiano), por hechos conexos que habrían debido ser debatidos en un mismo juicio en el caso de que se hubiera creído incurso a este segundo también en causa de “mal desempeño”, constituye una lesión al principio general del *juicio justo (fair trial)*, contenido en la exigencia del art. 8, párr. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de ser juzgado con “las debidas garantías”.

El núcleo de la argumentación de la defensa reside en que la Cámara de Diputados de la Nación habría *podido* restringir su acusación a un solo acusado, o bien habría podido *ampliar su acusación a todos los jueces* que hubiera entendido incursos en mal desempeño por las mismas causas judiciales, fuera que las conductas concretas de cada acusado hubieran sido iguales o disímiles. Empero, si la cámara acusadora tomaba la decisión de *restringir su acusación a un solo acusado*, esta decisión cerraba para siempre la posibilidad de incluir otros acusados por hechos conexos a los que integraron aquel juicio, en un segundo juicio posterior. Se trata de una aplicación del principio *electa una via non datur recursus ad alteram*. En suma, en el primer juicio había hechos conexos que habrían dado lugar a la aplicación de los arts. 41 y 42 del Código Procesal Penal de la Nación, si es que la Cámara de Diputados no optaba por una acusación circunscripta a un solo acusado. Mas, si optaba en aquel juicio por acusar a un solo acusado, perdía la acción contra cualquier otro, por esos mismos hechos: art. 339, inc. 2, CPPN (“falta de acción, porque no se pudo promover o no fue legalmente promovida...”).

<sup>56</sup> Véase “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo I, pp. 41/68 (GELLI / SANCINETTI, *ídem*, pp. 79/122).

3. El rechazo de la *Nulidad de la acusación en su total alcance* por parte del H. Senado de la Nación en la sesión del 22/6/2005 ya causaba al acusado un gravamen irreparable como tal. Mas, dejando ahora ello de lado, pues la concesión del recurso extraordinario anterior contra aquella resolución deja de lado esa cuestión, lo cierto es que ahora se está ante una sentencia condenatoria definitiva, basada a su vez en una acusación inválida, según las razones que serán dadas en forma breve seguidamente, y para cuya argumentación pormenorizada se remite al escrito de defensa inicial.

Se recuerda igualmente que el fundamento que el H. Senado dio en su momento para el rechazo del planteo de nulidad —sobre la base (supuesta) de que tal nulidad fue rechazada ya al ser rechazado un planteo de excusación del senador Marcelo López Arias—, desenfocaba completamente la cuestión.

Si bien la defensa invocó el nombre de dicho senador al denominar a su planteo de “nulidad total” —especialmente en la ampliación oral de la defensa—: “doctrina del senador López Arias”, lo hizo así en razón de que este senador, al tiempo de tramitarse el “primer juicio”, en el año 2003, había llamado la atención acerca de que, en su opinión, la Cámara de Diputados no podía proceder “por etapas”. Esta objeción del senador López Arias es en sí misma *distinta* a su propia excusación, planteada en el “segundo juicio” (al respecto, v. *infra*, este § 3, puntos II, III y IV).

Cuando el H. Senado, siguiendo el criterio de la Presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales, fundó el rechazo de la “nulidad total” de la defensa en el hecho de que en el “segundo juicio” el Senado ya había rechazado un planteo de excusación del senador López Arias, confundió por completo el planteo de la defensa. La “nulidad total” no deriva de que los jueces sean *recusables* o *no*. Ello lo demuestra ya el mero hecho de que la “nulidad total” procedería *aun en el caso de que el Senado hubiera cambiado por completo de integración*, es decir, aun cuando actualmente estuviera integrado por jueces completamente “*no* contaminados”. Esa misma fue la razón por la cual, respecto de la “nulidad total”, la defensa no produjo ninguna recusación en su Escrito de Defensa. Pues el vicio se anidaba *en la forma de proceder de la Cámara de Diputados y no en la forma en que hubiera procedido la Cámara de Senadores como tribunal de juicio político*. Las recusaciones sólo cobraban virtualidad en el caso de que primeramente fuera rechazada la *nulidad total*. De allí que, en la Segunda Parte del Escrito de Defensa: “Excepciones previas fundadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, el cap. I fuera el de la *Nulidad de la acusación en su total alcance*, y el cap. II, el de la *Recusación de senadores que no satisfacen el estándar objetivo de la “garantía de imparcialidad del tribunal”*.

Cuando el senador López Arias, una vez iniciado el “segundo juicio”, planteó su excusación, se basó en las mismas razones que fundan nuestro planteo de recusación de los 34 senadores afectados por el principio de “contaminación”, lo que es completamente diferente a la cuestión de que, con jueces contaminados *o sin ellos* —es decir, incluso con jueces completamente imparciales—, la segunda acusación es nula en su totalidad, y, por lo tanto, lo es también el procedimiento. La *nulidad total*, en una palabra, se funda en *la falta de acción* (art. 339, inc. 2,

CPPN), derivada de la violación a una garantía asegurada por la Convención (art. 8, párr. 1, CADH), para juzgar lo cual es completamente inatinerente la pregunta por cuáles son los jueces que integran el tribunal de juicio.

A pesar de ello, por cierto, ambas cuestiones están relacionadas. Pues, p. ej., el remanido argumento del H. Senado de que no puede aceptar recusaciones porque los senadores no tienen suplentes, y, por ello (así se lo pretende), por definición sería rechazable cualquier recusación (en la óptica del Senado), entonces, con mayor razón es preciso reconocer la nulidad de la segunda acusación en su total alcance, o, dicho más claramente, la nulidad del segundo procedimiento, precisamente porque si fuera verdad que los senadores son irrecusables, con mayor razón la Cámara de Diputados tendría que haber preservado la posibilidad de ofrecerle al segundo acusado un tribunal imparcial, llevándolo a juicio ya juntamente con el juez Moliné O'Connor.

Seguidamente se amplían todas estas consideraciones (v. *infra*, punto II) y se reproduce luego la excusación del senador López Arias (v. *infra*, puntos III y IV), para mostrar:

- a) en primer lugar, la procedencia de la nulidad en su total alcance;
- b) en segundo lugar, que el argumento dado por el H. Senado para su rechazo no tenía nada que ver con el planteo de nulidad formulado por la defensa.

## II. Razones que fundan la “Nulidad de la acusación en su total alcance”

1. La acusación dirigida por la Cámara de Diputados de la Nación contra el juez Antonio Boggiano es nula, por violar el principio general del *juicio justo*, que implica el derecho a ser juzgado con las “debidas garantías”, en el sentido del art. 8, párr. 1, CADH, principio que hoy se conoce con la expresión anglosajona de “*fair trial*” —algo equivalente, en suma, a “juego limpio, como base de un juicio justo” (*debido proceso*)—. En particular, se trata del menoscabo al “principio de igualdad de armas” y al “fraccionamiento de una acusación común como medio para disminuir las posibilidades de defensa de uno de los acusados”. Llamamos a esto, resumidamente: *vicio del fraccionamiento de la acusación* o bien “doctrina del senador López Arias”, por las razones que se verán ulteriormente.

La razón por la cual se halla afectado ese principio en el caso del juicio contra el juez Boggiano se relaciona con la existencia de una primera acusación, en otro juicio anterior, contra el entonces juez de la Corte Suprema, Eduardo Moliné O'Connor. En la acusación por aquel juicio fue incluido un caso idéntico a uno de los que integran el “segundo juicio” (el caso “Macri”), y dos casos en los que los comportamientos no eran idénticos, pero sí conexos: el caso “Meller”, por un lado —en que cada juez votó de modo distinto respecto de las razones por las que se declaraba improcedente un recurso extraordinario, pero en cualquier caso sobre una misma causa que fue incluida en ambas acusaciones—, y el caso “Magariños” del “primer juicio”, que atañe a las facultades disciplinarias de la Corte Suprema establecidas en una acordada de la Corte, acordada que es *la misma* en

la que se funda la acusación del segundo juicio respecto del caso análogo “Dragonetti de Román”.

2. A primera vista, los vicios que la defensa pudiera invocar respecto de los casos “Macri” y “Dragonetti de Román” ya serían abstractos en razón de haber sido rechazados todos los cargos por esas causas.

Sin embargo, esa apariencia engaña.

Pues ya el mero hecho de ser sometido a un juicio por una causa *ab initio* inválida le produce al acusado un agravio irreparable, especialmente si al menos uno de los senadores-jueces termina avalando con su voto al menos uno de los cargos por dichas causas. Porque ya ello constituye un daño moral al acusado: algún juez se ha pronunciado en favor de que el juez Boggiano quebrantó el derecho, como juez de la Corte Suprema, también en los casos “Macri” y “Dragonetti de Román”, cuando, en estricto derecho, no habría estado habilitado a votar ningún cargo, en razón de que la acusación era nula, y en razón, además, de que el recurso extraordinario contra la decisión del 22/6/2005 que reproducía esta cuestión, se hallaba, al ser dictada la sentencia definitiva del 28/6/2005, abierto por decisión de la Corte Suprema

De manera que este *primer agravio* atañe a todo el avance del proceso, incluso por las causas que, en los resultados finales, fueron rechazadas en la sentencia definitiva.

3. La tesis de la defensa del juez Boggiano respecto de la *Nulidad de la acusación en su total alcance* (y, por ende, *la nulidad del procedimiento*) reza así:

Si la Cámara de Diputados quería acusar al juez Boggiano por hechos que habían integrado el juicio al juez Moliné O’Connor, debía haberlo hecho *juntamente* con la acusación al juez Moliné O’Connor. La Cámara de Diputados tenía facultades discrecionales para *incluir* o *no* a un segundo acusado en la primera acusación. Pero, *si tomaba la decisión de no incluirlo* —tal como efectivamente hizo entonces—, ya no podía luego *revocar esa decisión* y *volver sobre sus propios actos*. Se trata, en suma, de una aplicación del principio de que si hay dos vías, la elección de una vía bloquea la posibilidad de recurrir después a la vía antes descartada, lo que se conoce bajo el aforismo formulado generalmente en latín: *electa una via non datur recursus ad alteram*.

Pues la actitud de ir primeramente contra un acusado, diciendo en aquel juicio que se iba sólo contra él en razón de que su conducta *era más grave*, para “tentar suerte” en ese primer juicio y tratar de lograr una sentencia en ausencia de otro acusado potencial, para después, una vez obtenida la destitución del primer acusado, volver contra los propios actos y decir lo contrario (que ahora es igual de grave o más grave la conducta del segundo acusado por lo que entonces se lo viene a acusar también a él), es un comportamiento *desleal*, contrario al *fair trial*, y al principio de igualdad de armas, porque el acusado no tiene forma de incidir en la decisión *de formar parte ya del primer juicio* o no, y por ello violatorio, en suma, del requisito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de

que toda persona que es juzgada lo sea “con las debidas garantías”, es decir: “juego limpio en un juicio justo”.

Los fundamentos de esta tacha de nulidad pueden ser ampliados de la siguiente manera:

A la Cámara de Diputados de la Nación le corresponde, según los arts. 53 y 59 de la Constitución, el derecho de ejercer acusación ante el Senado de la Nación de los funcionarios públicos allí individualizados; este derecho le corresponde con facultades *discrecionales*, por lo que la Cámara de Diputados era dueña de incluir, en el juicio habido contra el ex - juez Moliné O'Connor, *a todos* los jueces de la Corte que hubieran intervenido en hechos idénticos o conexos a los de aquel juicio —a efectos de que sus respectivos comportamientos fueran juzgados *por un mismo tribunal*, con arreglo a un criterio *uniforme*, de modo de tratar de igual manera lo que fuese idéntico y de distinta manera lo que fuese diferente—, como también era dueña de tomar una decisión divergente: excluir a otros jueces, por ejemplo, en razón de su diverso comportamiento, tal como efectivamente hizo la Cámara de Diputados en aquel entonces.

Cuando la Cámara de Diputados de la Nación tomó la decisión de acusar al ex - juez Moliné, explicó que la razón por la cual seleccionaba *a ese juez en particular* para la acusación y *no a otros* jueces residía —más allá de otros fundamentos a los que se hará referencia más abajo— en que, especialmente respecto del caso “Meller” —que posteriormente fue *el único caso* por el que ese acusado fue destituido en aquel “primer juicio”—, el juez Moliné había emitido un voto particular que *era diferente* al voto de los jueces Boggiano y Nazareno.

Cítase aquí un párrafo que consta en la ampliación oral de la acusación del primer juicio hecha por el diputado Falú el 4 de setiembre de 2003, en la que dijo textualmente lo siguiente:

“Con mucha insistencia se cuestiona por qué razón si una misma sentencia la firman cinco magistrados —por ejemplo, en el caso Meller— el juicio político se lleva adelante contra sólo uno de ellos. [...]. Este año ponderamos largamente esa situación y resolvimos tratar separadamente esos casos, *porque no eran iguales*.

”En el caso Meller, por ejemplo, el voto del ex juez Nazareno [= Boggiano] se limitó a un rechazo frontal de las actuaciones de la ingeniera María Julia Alsogaray, porque sostuvo que *no se trataba de una materia federal*, mientras que el ahora juez acusado Moliné O'Connor planteó el rechazo con otro argumento: sostuvo que efectivamente se trataba de una materia federal y que se podía entrar a considerar el tema, pero consideró que *no había arbitrariedad*”<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Palabras del diputado Falú, según la versión oficial de la 3.ª Sesión en Tribunal, 3 y 4/9/2003. (La aclaración entre corchetes [= Boggiano] no es el del original, y sólo pretende dejar constancia de que la comparación hecha explícita por el acusador alcanzaba por igual a la conducta del ex - juez Nazareno y del juez Boggiano —pues estos dos jueces suscribieron el mismo voto, distinto al voto de Moliné—, como diferentes a la del juez Moliné. (El énfasis en bastardillas tampoco es del original.)



Más allá de ciertas equivocaciones —propias de quien no es experto en la materia<sup>58</sup>—, lo que aquí interesa poner de manifiesto es que la ausencia de otros (posibles) coimputados fue motivada, en aquel juicio —así lo dijo expresamente el acusador—, en que el caso de aquel acusado era *más grave*, en razón de que el entonces juez Moliné había *convalidado* la sentencia del laudo arbitral, al considerar su contenido y declararla *no arbitraria*.

En el “segundo juicio”, por cierto, el diputado Falú dice *todo lo contrario*. En este segundo juicio, en efecto, cambia completamente su discurso y dice que las conductas son idénticas o que, si no, es más grave la conducta del juez Boggiano. El diputado Falú hace tal sorpresivo *giro contra sus propios actos*, especialmente en sus palabras de la acusación oral de este segundo juicio, en la 3.<sup>a</sup> Sesión en Tribunal, del pasado 20 de abril de 2005, con estas palabras, que justamente demuestran *cuán desleal* fue el fraccionamiento inicial de la acusación común:

“La defensa de Boggiano va a venir acá a construir un silogismo con una premisa falsa de que su argumento es distinto del argumento de Moliné O’Connor. Aunque no lo son —y vamos a demostrar que no son distintos—, sí hay alguna diferencia: los de Boggiano son más graves”<sup>59</sup>.

Ahora cabe preguntarse: ¿cómo se da ese sorprendente cambio de criterio del diputado Falú, que, cuando acusa a *X*, ve en el comportamiento de *X* la conducta más grave, tanto más grave que justificaba por entonces, así lo decía él, limitar la acusación a ese caso; y, luego, vencedor en el primer juicio, acusa a *Y*, y sostiene aquí, de pronto, que la conducta de *Y* es más grave que la de *X*?

Si la Cámara de Diputados hubiera llevado a juicio a ambos acusados en un solo acto, habría tenido que decidirse acerca de si el comportamiento de uno era más grave que el del otro o a la inversa. Lo cierto es que, en el primer juicio, en el que logró una condena de destitución, la Comisión Acusadora partió de la base de que su acusación hallaba fundamento en que el voto específico del juez Moliné era más grave que los votos restantes, y que esa era una razón tanto para llevarlo sólo a él a juicio, como para que fuese efectivamente destituido. Si hubiera acusado simultáneamente al juez Boggiano en aquel juicio, la Comisión Acusadora habría tenido que reconocer que, conforme a su propia argumentación, ese otro acusado estaba en situación más favorable.

---

<sup>58</sup> Aclárase aquí que hay más de una inexactitud en la explicación del diputado Falú en ese párrafo, lo que lo hace difícil de entender. Dicho de otro modo: *Está bien lo que se quiere decir*, pero no lo que se dice efectivamente. Por ejemplo, cuando se dice allí: “se limitó a un rechazo frontal de las actuaciones de la ingeniera María Julia Alsogaray”, lo que se quiere decir en realidad es: que ese voto se limitó a un rechazo frontal del recurso extraordinario interpuesto por la empresa ENTel residual contra el laudo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas; con eso de “frontal”, lo que se quiere decir es que “no se entró en absoluto en el fondo del asunto” de si había arbitrariedad en la sentencia apelada o no; y donde se dice: “no se trataba de una materia federal”, allí se da otra inexactitud, pues lo que realmente quiere decir el acusador en esa línea es que aquel voto de Boggiano-Nazareno decía que, *hubiera o no una cuestión federal*, no era procedente el recurso extraordinario contra sentencias del Tribunal Arbitral de Obras Públicas (no que no hubiera “cuestión federal”).

<sup>59</sup> Palabras del diputado Falú, al sostener oralmente la acusación, 3.<sup>a</sup> Sesión en Tribunal, 20/4/2005, p. 10.

Pero la Cámara de Diputados no optó por ese camino; optó por excluir de la primera acusación al después acusado en el segundo juicio. Pues, entonces, esta decisión *bloqueó para siempre la posibilidad de ampliar después la acusación*, contra aquel acusado que *había sido excluido* de ella en razón —así se dijo entonces— de que era distinta la fundamentación por la que se había rechazado el recurso extraordinario de la causa “Meller”.

Es verdad que el argumento de la diferencia de votos no podía tener ninguna incidencia *en otra* de las causas motivo de aquella acusación. Nos referimos ahora al caso “Macri”. Porque en esa causa sí votaron exactamente en el mismo sentido los jueces Moliné y Boggiano. Pero justamente *todos* los cargos por el caso “Macri” contra el primer acusado fueron rechazados por completo en el primer juicio. Por consiguiente, en esa medida seguía en pie el hecho de que *por la única* causa cuyos cargos fueron aceptados para una destitución en el primer juicio (“Meller”), la acusación se basaba en una diferencia del contenido de los votos de cada acusado potencial.

Pues bien; sólo *el fraccionamiento desleal de la acusación* permite asumir una postura acusatoria, en un juicio, y *la contraria*, en el otro; pero esto no habla de un *debido proceso legal*, sino de un juicio injusto, propio de un Estado que “hace trampas”, lo que está en pugna con el art. 8, párr. 1, CADH.

Está en juego en suma la pregunta de si es legítimo llegar a un juicio como consecuencia de esa *“separación”* de las acusaciones por hechos conexos o idénticos. Y la respuesta es que *no es legítimo proceder así*, que la Cámara de Diputados, al proceder en el primer juicio como lo hizo, eligió una vía que *cerró para siempre* la posibilidad de recurrir después a la vía contraria, ya en *las condiciones de validez de una ulterior acusación*.

¿De *dónde surge* ese principio que le impediría a la Cámara de Diputados hacer tales trampas, de tal manera de quedar bloqueada la segunda vía?

Surge precisamente del principio del *fair trial*, del juicio justo, que está recibido en la Convención Americana con la expresión “ser oído con las debidas garantías” (art. 8, párr. 1, CADH). Este principio no contiene un catálogo cerrado de garantías, sino una máxima general de proscripción de todo acto estatal contrario a lo que en cada estadio cultural pueda ser entendido como “debido proceso” y “juego limpio” en una nación civilizada.

Las normas de derecho positivo que exigen la realización de un solo juicio en caso de causas conexas son los arts. 41 y 42 del Código Procesal Penal de la Nación, cuyo primer caso es aquel en que los hechos imputados “han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas”. Tales reglas de conexidad suelen ser entendidas, por muchos tribunales, como reglas de mero ordenamiento de las causas y mejor administración de justicia. Pero se trata ante todo de las garantías del acusado a un tratamiento uniforme y no arbitrario.

Por supuesto que el imperativo de unión de causas no rige cuando uno de los imputados *no está a derecho* o cuando, por alguna razón, *no es posible proceder* contra él, como sería el caso, p. ej., de una enfermedad mental pasajera en uno de

los imputados. Pero *si todos los imputados están a derecho* y el acusador *los tiene al alcance de la mano*, la acusación no puede manipular qué sujetos incluye en una primera imputación, para lograr determinada sentencia contra el que considera en peor situación, a fin de intentar después, sobre la base de una sentencia habida contra el primer acusado, un “efecto de inercia” que pueda herir también al segundo, cuando se lo excluyó de aquel juicio porque, entonces, era molesto incluirlo.

Llámase aquí la atención acerca de cierta diferencia que hace especialmente grave el fraccionamiento desleal de la acusación en casos de juicio político, frente al derecho penal común. En el derecho penal común, el imputado prácticamente *siempre* estaría en condiciones de discutir procesalmente una primera decisión de fraccionamiento, haciéndose parte en ella, reclamando la aplicación de las reglas de conexidad. La decisión que se dictara al respecto sería vinculante para él. Y en esa medida, el acusado potencial debería asumir los costes de la derrota, por lo mismo que ha sido parte en la incidencia sobre la decisión de fraccionamiento.

Aun así, en Alemania, p. ej. —en que la fiscalía goza de una amplia facultad de separación de causas—, el Tribunal Supremo Federal ha declarado que la decisión de fraccionamiento no puede ser *arbitraria* o *abusiva*, y que es especialmente arbitraria cuando ha tenido en miras restringir las posibilidades de defensa del acusado<sup>60</sup>. Se puede partir de que la “decisión de separación” es arbitraria, dice DIRK BARTON, cuando se produce sólo con el fin de dificultar la defensa del inculpado<sup>61</sup>.

Algo similar declaró la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, país en el que las facultades de acusación del fiscal son ampliamente discrecionales, cuando —en el caso “*Ashe vs. Swenson*” (397 U.S. 436)—, sentó la doctrina de que, a pesar de la amplia discrecionalidad que tienen los fiscales de los Estados Unidos para entablar una acusación o no, según su criterio, tanto los fiscales federales como los estatales “estarán impedidos” [dijo la Corte] de montar acusaciones sucesivas por delitos que resultan del mismo episodio “*al menos, en tanto no se demuestre una inevitable necesidad de acusaciones sucesivas en el caso en particular*”<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Sentencia del BGH (Tribunal Supremo Federal alemán), “JR”, 1969, p. 149. Véase también el comentario de DALLINGER a la jurisprudencia del BGH, en rev. “MDR”, 1971, pp. 895, 897.

<sup>61</sup> DIRK BARTON, *Die “Trennung” verbundener Strafsachen gemäß §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 1 und 237 StPO unter Berücksichtigung ausgewählter in der Praxis häufig auftauchender Problemkreise [La “separación” de causas penales conexas conforme a los §§ 2, párr. 3, 4, párr. 1, y 237, StPO, bajo la consideración de una selección de grupos de problemas que aparecen con frecuencia en la praxis]*, tesis doctoral en la Universidad de Colonia, 1978, p. 153. De la p. 19 a la 50 el autor desarrolla las exigencias constitucionales que debe respetar la evaluación del tribunal, desde el punto de vista de los principios de celeridad del proceso, averiguación de la verdad, juez natural, libertad e igualdad ante la ley.

<sup>62</sup> Véase la referencia en: EDMUNDO S. HENDLER / HERNÁN V. GULLCO, *Casos de derecho penal comparado*, Buenos Aires, 2003, pp. 256 ss., esp. p. 263 s. Para un análisis amplio de este fallo y su proyección sobre la cuestión aquí planteada, véase el “Escrito de Defensa”, pp. 55/59 (v. también GELLI / SANCINETTI, *idem*, pp. 101/107).

¿Por qué se agrava la cuestión en el juicio político? Porque, en caso de juicio político, no sólo es competencia exclusiva y discrecional de la Cámara de Diputados la decisión de acusar, sino que el acusado potencial no tiene modo de hacerse parte de un juicio público si no es llevado por la Cámara de Diputados: “sólo ella [dice la Constitución] ejerce el derecho de acusar ante el Senado”, es decir, que “sólo ella” puede abrir un juicio del art. 53 y 59 de la Constitución. Y esto determina que *la inclusión o exclusión de determinado acusado caiga en el ámbito de esa discrecionalidad*, lo que significa que *pueden ser razones de oportunidad, mérito y conveniencia las que definan el alcance subjetivo de la acusación*.

Uno puede discutir si tiene algún límite ese ejercicio discrecional, p. ej., que en una causa como la del caso Macri, en que las decisiones de los jueces de la mayoría eran idénticas, el primer acusado podría haber tenido razón en exigir un *litis consorcio necesario*. Contra eso, con todo, podría valer el argumento al que recurrió también el diputado Falú, en el primer juicio, en el sentido de que la imputación por mal desempeño “es *la complejidad de los actos, es la concepción global de los actos de un magistrado* ¿Por qué razón la firma de una sentencia puede ameritar como puede *no ameritar* la destitución de un juez? No es igual que la de aquel que tiene muchos más casos”<sup>63</sup>.

Ahora bien, cualesquiera que sean los límites del ejercicio de esa decisión discrecional, *es seguro* que lo que la Cámara de Diputados *no puede hacer es manipular el alcance subjetivo de la acusación*, restringiendo a un solo acusado, sólo para mejorar sus chances de éxito contra un segundo acusado potencial que se halla *ex ante* —según el propio punto de vista de los acusadores— en mejor situación.

Que la Cámara de Diputados especula con un “efecto de inercia” buscado fraudulentamente, lo demuestra la presentación que el diputado Falú hizo de la segunda acusación, contra el juez Boggiano, en su formulación oral del 20 de abril de 2005. Pues dijo allí, con mención del primer juicio:

“... Pero con el precedente de Moliné O’Connor sí creemos que vamos a llegar inexorablemente a una condena”<sup>64</sup>.

Ello habla de un acusador que hace la siguiente especulación:

a) primero llevo a juicio al acusado que me parece que tuvo el comportamiento más grave; allí lograré una condena;

b) luego, en un segundo juicio, acuso al segundo acusado, aprovechándome de un “efecto de inercia” de la primera sentencia, sobre el segundo juicio, que *simularé como inexorable*.

<sup>63</sup> Versión oficial del alegato oral del diputado Falú en la 3.<sup>a</sup> Sesión en Tribunal, 3 y 4/9/2003 (el énfasis en bastardillas no es del original).

<sup>64</sup> Palabras del diputado Falú, al sostener oralmente la acusación, 3.<sup>a</sup> Sesión en Tribunal, 20/4/2005, p. 9.

Por otro lado, en cambio, los medios de comunicación han puesto de relieve que la Cámara de Diputados presentó a la ciudadanía su tardía *segunda* acusación, como una necesidad derivada de que el condenado en el primer juicio había demandado al Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y que, de esta forma, es decir, ampliando los acusados a dos, “... evaporamos la posibilidad de que Argentina soporte una condena” en sede internacional<sup>65</sup>.

Si fuera cierto que la segunda acusación se fundó en ello, se daría una clara “desviación de poder” de la Cámara de Diputados. El motivo real de la acusación no sería ya el de acusar a un juez por su mal desempeño, sino el de disimular la culpa propia por una acusación inicial (en el primer juicio) que luego se temió que hubiera podido ser formulada incorrectamente. Pero quien razona así, en primer lugar presupone que una infracción al derecho internacional —supuesto que ya la hubiera habido— pudiera “evaporarse”, *cometiendo una segunda infracción, más grave*; y, por otro lado, expresa que el acto estatal que representa su acusación se halla orientado por una finalidad *distinta* de aquella que se expresa como realmente subyacente a su acto administrativo, lo que se conoce como “desviación de poder”.

Este segundo vicio sólo agrava la situación ilícita en la que se halla la Cámara de Diputados, es decir, intensifica el vicio de nulidad, por ofrecer un fundamento autónomo. Pero *no es en este vicio* en el que se basa la defensa y este recurso principalmente. Pues, por encima de la *desviación de poder* —que más bien habla de lesiones a la transparencia de la función— se halla el dato de que la decisión de fraccionamiento de una acusación por hechos conexos con miras a la disminución de las facultades de defensa del acusado viola el principio del *fair trial*; y lo violaría *aunque* la Cámara de Diputados *no hubiera estado motivada en mejorar la situación de Argentina* ante organismos internacionales. La acusación debió ser *conjunta* o, si no, *aislada* (contra *un* solo acusado), pero en una sola ocasión, de una vez y para siempre. El intento de una segunda acusación aislada, desdoblada de la anterior, viola el art. 8, párr. 1, CADH, y, con ello, se lo hizo con vicio de “falta de acción” (art. 339, inc. 2, CPPN), “...porque [la acción] no se pudo promover o no fue legalmente promovida...”.

Dicho brevemente: toda decisión de acusación en un juicio político, con inclusión de ciertos sujetos y exclusión de otros, cierra para siempre la posibilidad de interponer después, por hechos idénticos o conexos a los que integraron la primera acusación, una segunda acusación contra cualquier otro juez, con independencia de la validez o nulidad que hubiera tenido en sí misma la primera acusación.

### III. Coincidencia del senador López Arias en el “primer juicio”

En razón de que la defensa invocó la “doctrina del senador López Arias”, en la ampliación oral de la defensa, en apoyo del planteo de *Nulidad de la acusación en su total alcance*, y puesto que la resolución impugnada en este recurso supuso

---

<sup>65</sup> Palabras del diputado Falú, según el diario “Página 12”, del 17/12/2004, nota de Adriana Meyer.

que tal doctrina podía ser contestada con la reproducción del rechazo a la excusación planteada por el senador López Arias al comenzar el “segundo juicio”, se reproduce seguidamente cuáles fueron las razones invocadas en el “primer juicio” por el senador López Arias que abonan la nulidad planteada por la defensa. Como se verá, originariamente ellas no apuntaban a una *excusación*, sino a un *vicio del procedimiento* de la Cámara de Diputados, como tal.

El texto pertinente de la intervención del senador López Arias en la sesión del 8 y 9 de octubre de 2003, en el “primer juicio”, reza así:

“No sería bueno que tengamos una especie de juzgamiento por etapas, es decir, que hoy juzguemos por una cosa y mañana por otras, en juzgamientos sucesivos, que pongan al Poder Judicial y a los miembros de su más Alto Tribunal en una especie de sujeción a una permanente investigación y enjuiciamiento por parte del Congreso. Esto no es bueno.

”Pido al Honorable Senado que le reiteremos a la Cámara de Diputados que nos informe si hay otras causas en trámite, si hay o no otras acusaciones que deban ser analizadas por este Senado, para que en el momento de juzgar podamos saber que estamos conociendo el conjunto de las acusaciones, *de manera que no tengamos este enjuiciamiento por etapas, que sí sería tremendamente dañino para el buen funcionamiento de los poderes independientes de la República.*

”Evidentemente, en algunos de estos casos que estamos analizando hay una unidad de hecho. Sería muy conveniente que se expida [la Cámara de Diputados] sobre si va a haber otros enjuiciados por el mismo tema o si hay otras razones que lleven a separar una investigación de esta otra que estamos llevando a cabo. Hago esta reflexión, porque creo que ésta es la etapa procesal oportuna; lo hemos planteado en el momento del juicio y creemos sinceramente que tenemos que tratar de acumular el conjunto de las acusaciones, pero siempre respetando que la requisitoria y que el marco de los hechos a investigar está determinado por la Cámara de Diputados.

”Voy a pedir al cuerpo..., que solicitemos a la Cámara de Diputados que podamos tener conocimiento acabado de cuáles son las denuncias —que las hay— y cuáles tienen sustento para continuar una investigación. Porque si no lo tienen sería muy conveniente que se desestimen en forma definitiva para que podamos tener un Poder Judicial totalmente independiente, que no se sienta que está sometido a una investigación permanente por parte del Congreso”<sup>66</sup>.

Ciertamente, allí se anida una síntesis de la doctrina que se sostuvo en el capítulo respectivo de la defensa, en el sentido de que la separación de los juicios —dado el caso de identidad de hecho o conexidad— lesiona el *fair trial*; que si las denuncias habidas por entonces en la Cámara de Diputados tenían sustento debían devenir en acusación *en forma conjunta* y que, si no lo tenían, debían derivar en *desestimación de la denuncia*.

Claro que el senador López Arias tenía razón en que así se afectaba la independencia del Poder Judicial y los derechos de las personas a quienes se garantizan que sus contiendas judiciales, especialmente frente al Estado, serán dirimi-

---

<sup>66</sup> Intervención del senador López Arias, 5.ª Sesión en Tribunal, 8 y 9 de octubre de 2003 (el énfasis en bastardillas no es del original).

das por jueces libres del poder político. Pero, con ser alto este valor, aun por encima de ello se hallan *las garantías del acusado*, desde el punto de vista de los tratados internacionales sobre derechos de la persona humana, porque ya el propio juez como individuo (y no sólo el Poder Judicial como órgano del Estado) *tiene derecho a un trato justo, respetuoso de la dignidad del hombre*, a ser juzgado *en un juicio limpio*, no sobre la base de la transgresión de un acusador que especula con deslealtad para reducir las chances de defensa del acusado. Esto se halla en contra de las garantías del Pacto de San José de Costa Rica, lo que así debe ser declarado por la Corte Suprema, con el consecuente archivo de las actuaciones.

En los detalles de las expresiones del senador López Arias, sin embargo, la defensa disenta en un aspecto, a pesar de la coincidencia *sustancial* con el punto de vista del senador. El H. Senado como tal *debía mantenerse al margen* de la excitación de ulteriores acusaciones, porque si una segunda acusación hubiera derivado de la excitación del Senado constituido en tribunal, se habría producido una lesión distinta a los derechos de los demás jueces que hubieran sido acusados como consecuencia de ese procedimiento. Tal como la Corte Suprema lo declaró prácticamente en la Navidad de 2004, en la causa “Quiroga”, los jueces deben mantenerse al margen de la posibilidad de que llegue a su conocimiento determinada causa que el acusador no quiere llevar a juicio; si esta causa no llega, le está vedado al tribunal excitar la acción por sí mismo; sólo puede provocarla el Ministerio Público (en el caso, la Cámara de Diputados).

Por ello, a pesar de la coincidencia sustancial con la “doctrina López Arias”, la defensa consideró que el Senado hizo bien, en el “primer juicio”, en seguir adelante con el trámite de la acusación, sin provocar un ampliación. Pues sólo la Cámara de Diputados *era dueña* de decidir a qué jueces acusaba.

Ahora bien, sí: *era dueña*, pero... *una sola vez y para siempre*; de nuevo vale: *electa una via non datur regressus ad alteram* (o, más brevemente: *electa una via, via electa*). Ésta es la razón por la cual, a pesar de que esta defensa incluía un capítulo de recusación contra los senadores que hubieran votado por la destitución del primer acusado, así hubiese sido tan sólo *en uno* de los cargos conexos de ambos juicios, sin embargo, ningún senador fue recusado respecto de la cuestión de la *Nulidad de la acusación en su total alcance*, porque en esta medida nadie había emitido ninguna opinión que pudiera contaminarlo desde el punto de vista del parámetro de la imparcialidad objetiva en que debe hallarse todo juez al asumir un caso. Para juzgar sobre la “falta de acción” (art. 339, inc. 2, CPPN), por lesión al *fair trial* (art. 8, párr. 1, CADH), nadie estaba “contaminado”.

Acótase, finalmente, que la defensa solicitó al H. Senado que si el tribunal no veía nuestro planteo con toda claridad y univocidad, de tal modo que se le produjeran dudas sobre la procedencia de la petición de *Nulidad de la acusación en su total alcance*, debía considerar la posibilidad, antes de continuar con un juicio viciado, de suspender el procedimiento a fines de requerir al Poder Ejecutivo nacional que formulase ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de “Opinión consultiva”, en el sentido del art. 64, párrafos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acerca de si seguir adelante

con este procedimiento violaba el *fair trial*, tal como sostenía la defensa, o no. Si no se declaraba la nulidad cuya declaración requería la defensa en su petición principal, ni tampoco se acudía en consulta a la Corte Interamericana como condición para proseguir con este procedimiento, sería entonces porque el Estado Argentino no tiene el menor interés en ejercer las atribuciones constitucionales de revisión del comportamiento de magistrados, *con pleno respeto por los derechos humanos*. En esto continuaría, por cierto, una desagradable tradición, que lo haría parecerse a sí mismo en lo peor su pasado.

#### IV. Excusación del senador López Arias en el “segundo juicio”

De las consideraciones del punto anterior, surge claro que el senador López Arias planteaba en el primer juicio la necesidad de unificar las acusaciones o cerrarlas para siempre.

Una vez que, sin embargo, *no se procedió de esa forma por él requerida*, sino que se siguió adelante con la primera acusación —sin ampliarla ni aclararse qué pasaría con otras acusaciones posibles—, y llegada la segunda acusación al H. Senado, el senador López Arias recordó sus objeciones del primer juicio, pero *no para “sugerir o plantear una nulidad”*, sino simplemente para considerarse *violento moralmente* a juzgar este segundo caso.

En su excusación, el senador López Arias dijo:

“Poseo la profunda y meditada convicción de que no puedo ya contar (¿puede alguien hacerlo?) con la exigida y necesaria objetividad en la valoración de hechos que ya reputé como contrarios a los deberes de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que me llevaren a dictar sentencia condenatoria en contra de uno de ellos. Es justamente esa certeza de ser juzgador de cuestiones ya juzgadas, la que me ha conducido a un estado de violencia moral incompatible con la serenidad requerida para el ejercicio de la función jurisdiccional, erigiéndose ello en indiscutible y categórico motivo de la decisión de excusación adoptada”<sup>67</sup>.

La excusación así planteada por el senador López Arias fue rechazada con reproducción de la “doctrina restrictiva” sobre la posibilidad de recusaciones y excusaciones en el H. Senado como tribunal de enjuiciamiento para juicios políticos (doctrina que más que hablar de una “restricción” habla de una “eliminación” de la posibilidad de recusar).

En la sesión del 6 de abril de 2005, la presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales aclaró que la propuesta de la Comisión era la de *continuar* con el criterio de rechazar las recusaciones y excusaciones. Selecciónase aquí tan sólo tres párrafos de la intervención de la presidenta:

“[...] En este sentido, no hemos modificado la doctrina sostenida invariablemente en materia de recusaciones y, en consecuencia, no las hemos aceptado, dada la naturaleza jurídica del juicio político, aunque entendiendo que *sí hay cuestiones que son*

---

<sup>67</sup> Del escrito de excusación presentado por el senador López Arias, y rechazado en la 8.ª Reunión, 2.ª Sesión en Tribunal, 6/4/2005.



*insoslayables —y las remarcamos en el anterior trámite de juicio político contra otro ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, como la defensa en juicio y otra serie de principios invariables, ya se trate de un proceso de naturaleza política o jurisdiccional.*

”Pero tanto en materia de recusaciones como de excusaciones —porque es un poco el mismo argumento—, en principio nosotros sostenemos la naturaleza jurídica del proceso de juicio político y también el carácter de no sustituibles que los señores senadores tenemos como juzgadores. De modo tal que en esto *ni siquiera podemos ser equiparados a la actividad jurisdiccional, donde si un juez es recusado, obviamente es suplantado por otro magistrado, a través del mecanismo de la subrogación.*

”En definitiva, la Comisión de Asuntos Constitucionales, tanto en el caso de las recusaciones como en el de la excusación, mantiene invariablemente la doctrina que ha venido sosteniendo”<sup>68</sup>.

Como se ve, esta respuesta del H. Senado como rechazo de la excusación del senador López Arias, cualquiera que sea su acierto o error respecto de la cuestión de las excusaciones y recusaciones en sí mismas, **no dice nada en absoluto** respecto de la cuestión de si *es válido o no*, en suma, *fraccionar* una acusación común, para llevar a juicio a cada acusado en juicios distintos y, sobre todo, reducir las posibilidades de defensa del segundo.

Dicho de otro modo y brevemente: una cosa es discutir cómo debe integrarse el tribunal de un “segundo juicio” en el supuesto de que este juicio se haga, es decir, *si es legítimo que intervengan jueces contaminados o no frente a la exigencia del “tribunal independiente e imparcial” del art. 8, párr. 1, CADH, y otra cuestión completamente distinta es la pregunta prioritaria de si es en suma legítimo admitir una segunda acusación por hechos conexos o idénticos a los de un primer juicio, aunque existieran hipotéticamente todos jueces no contaminados, es decir, la pregunta relativa a si la Cámara de Diputados de la Nación tenía en suma una acción legítima para proceder contra un segundo acusado que excluyó de un primer juicio o si tal acción decayó de una vez y para siempre cuando circunscribió su primera acusación a un solo acusado. Si se entiende, como dice la defensa, que este fraccionamiento viola el principio de *fair trial* (“debidas garantías”), la Cámara de Diputados ya no tiene acción para perseguir al supuesto acusado, aquí recurrente. Y esto es completamente independiente de la legitimidad de la integración del tribunal, pues se trata de la pregunta prioritaria de si *existía* una acción vigente, o si ella *faltaba* (art. 339, inc. 2, CPPN, en función del art. 8, párr. 1, CADH).*

Nada de ello, por cierto, ha sido siquiera tratado por el H. Senado, ni al rechazar la excusación del senador López Arias en el “segundo juicio”, ni al rechazar la nulidad de la acusación en su total alcance, “por manifiestamente improcedente”, sin argumentos, en la Resolución DR-JP-(B)-7/05, art. 4.º, del 22/6/2005.

## V. La respuesta del diputado Falú a la tacha de nulidad

<sup>68</sup> Intervención de la senadora Fernández de Kirchner en la 2.ª Sesión en Tribunal (del juicio seguido contra Antonio Boggiano), 6/4/2005. (El énfasis en bastardillas no es del original.)

1. Cuando la defensa planteó esta nulidad de la acusación en su total alcance, solicitó que se diera traslado a la Comisión Acusadora, para que recién después resolviera el tribunal. El Senado no quiso seguir ese camino, correcto, impuesto por el derecho vigente, y rechazó “*in limine*, por manifiestamente improcedente” nuestro planteo de nulidad (*todo* planteo de la defensa le pareció al Senado “manifiestamente improcedente”).

Al llegar la causa a estadio de alegatos, el diputado Falú, cuando la cuestión ya no podía seguir siendo discutida, se puso a alegar sobre la validez de su procedimiento contrario al *fair trial*.

Él dijo:

“Nosotros, cuando se hizo el enjuiciamiento a Moliné O’Connor, no teníamos la carpeta de circulación interna. Esa carpeta de circulación interna es requerida por tres diputados y, como elemento probatorio, se accede a la misma, se oficia a la Presidencia de la Corte Suprema y es remitida a este Senado —aclaro que se trata de una prueba que esta Cámara ya aprobó, aunque se pretendía considerarla ilegítima—. Allí advertimos, con estupor cuál había sido el primer pensamiento jurídico del juez Boggiano en esta materia. Allí observamos cómo dos meses antes, en una causa que había estado durante más de dos años dando vueltas por distintas vocalías, emite su borrador de voto en el que expresa más duramente las propias disidencias que quedaron en pie en el caso Meller por parte de Petracchi, Belluscio y Fayt.

”Nosotros ignorábamos, al momento de enjuiciar a Moliné O’Connor, que el hoy acusado Boggiano había dicho en su borrador, por ejemplo, que tenían razón el Estado Argentino, que había que imponerle las costas, que se trataba de una sentencia abstracta, dogmática y producto del voluntarismo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de María Julia Alsogaray. Que era enjundioso el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación... (etc.)” [todo lo demás del discurso, corresponde a cosas conocidas por Falú ya en su primera acusación]<sup>69</sup>.

Esos argumentos son los que *precisamente marcan la nulidad* de fraccionar las acusaciones. Con prescindencia de que la “carpeta de circulación interna de votos” da plena razón a la corrección del comportamiento del juez Boggiano (al respecto, v. *infra*, § 10), lo importante es ahora centrarse en la cuestión de la nulidad del fraccionamiento de la acusación.

El mero hecho de que el acusador diga —en el segundo juicio— que luego pasó a considerar que el segundo acusado había tenido un comportamiento más grave, en razón de pruebas colectadas durante su segunda investigación —cuando en el juicio anterior había acusado al anterior juez sobre la base de un criterio contrario—, demuestra que *ambas acusaciones* debieron ser tramitadas *en conjunto* y *en ese conjunto* debió tomar el Estado una decisión *uniforme*, *no contradictoria*. Justamente el hecho de que en dos juicios se esté usando una prueba que en su casi totalidad es prueba *común* para ambas acusaciones demuestra, tal como lo dijo la Suprema Corte americana en “*Ashe vs. Swenson*”

<sup>69</sup> 31.<sup>a</sup> Reunión - 11.<sup>a</sup> Sesión en tribunal - 22 de septiembre de 2005, sesión de alegatos, p. 13 (alegato del diputado Falú).

(397 U.S. 436), que el Estado debe realizar ambas acusaciones *en un solo acto*, precisamente porque la mayor parte de la prueba *es común* y un *fraccionamiento arbitrario* de la acusación común le permitiría al Estado modificar posiciones con fines especulativos, mejorar la situación probatoria, lograr inercias de sentencia de culpabilidad por condenas logradas en ausencia del segundo acusado potencial (ya conocido de antemano), etc.

Es *justamente por eso* que **no** se puede fraccionar una acusación cuyo contenido es común a dos imputados eventuales. La solución sería diferente, desde luego, si el hecho conocido recién con posterioridad, le ilustrara al acusador no de (supuestas) “mejores armas probatorias”, sino de la existencia misma *de más imputados* eventuales de los que había percibido en un primer momento. Dicho de otro modo: si al comienzo de una investigación penal, *nada* hace pensar que en el hecho investigado haya intervenido *más de un* sujeto, la noticia posterior de que ha habido *otros* participantes —noticia habida, p. ej., en el juicio oral por el primer caso—, *legítima* una segunda acusación contra el nuevo sujeto. Pero si, *ya al inicio*, el acusador tiene plena consciencia de que hay, p. ej., varios intervinientes, **no puede ir fraccionando arbitrariamente las acusaciones, persona por persona**, para ir logrando una mejor base probatoria juicio tras juicio, sosteniendo en cada juicio afirmaciones contrapuestas a las de los otros juicios. Eso mismo ya lesiona el *fair trial*. Vistas las cosas como las plantea la defensa, se trata de una ampliación del principio de cosa juzgada, tal como la Corte estadounidense lo resolvió en “*Ashe vs. Swenson*”. En ese caso se trataba de dos acusaciones sucesivas contra *un mismo sujeto*, por hechos distintos (concurso real) cometidos en la misma unidad espacio-temporal, aunque fueran independientes como tales. Aunque los hechos, por ello, eran *distintos* (sin identidad de objeto), la Corte prescindió de la identidad de hecho para reconocer igualmente *bloqueada* la posibilidad de una segunda acusación contra el mismo sujeto por otro de los hechos cometidos en las mismas circunstancias. El fiscal, para proceder así, dijo la Corte estadounidense, *tiene que dar razones de por qué no pudo formular al inicio ambas acusaciones*.

De modo correspondiente, esta defensa sostiene que *la misma doctrina* tiene que amparar a *un segundo* acusado (distinto sujeto), si en un segundo juicio se lo quiere acusar a él *por un mismo hecho*, ya juzgado en un primer juicio, si el acusador tenía de entrada plena consciencia de la intervención del segundo sujeto. Así visto, la proscripción de una “doble persecución” no ampara tan sólo a alguien ya perseguido anteriormente por un mismo hecho, sino que pone también un límite al Estado para que no produzca, por el mismo hecho, varias acusaciones sucesivas, si estuvo a su alcance realizar las acusaciones en conjunto, con criterios uniformes y de buena fe (*fair trial*).

El diputado Falú también argumentó, en su alegato, en el sentido de que el juez Boggiano podría haberse acusado a sí mismo, “autodenunciándose”.

2. Esto implica un grave error. Sólo quien está habituado a desvalorar los derechos del hombre puede argumentar de esa forma. Pues ninguna garantía puede ser interpretada de tal modo que el Estado le diga al sujeto: si Ud. quería garanti-

as, tendría que haberse autoincriminado (*nemo tenetur se ipsum prodere* [art. 18, CN]). Pero, por lo demás, ningún funcionario de los que pueden ser acusados por la Cámara de Diputados (art. 53, CN) tiene facultades para producir su acusación, sólo privativa de la propia Cámara de Diputados (“Sólo ella ejerce el derecho de acusar...”, art. cit., CN). Y en orden a la posibilidad de denunciarse (*notitia criminis*) el hecho en sí era plenamente conocido por todos, también por los investigadores, y, por eso, no requería ninguna “denuncia”.

El argumento, por tanto, es doblemente incorrecto.

## VI. Conclusiones

Por todo lo expuesto, así como la Corte, al considerar nuestro recurso extraordinario anterior, debería revocar la resolución DR-JP-(B)-7/05, art. 4.º, que atentó contra la garantía constitucional que proscribe el juicio contrario al *fair trial* (“debidas garantías”), declarar nulo el procedimiento, y, en consecuencia, también nula aquella decisión de “suspensión” prevista en el art. 6.º de la misma resolución —pues todo deriva de la supuesta validez de un proceso que, constitucionalmente considerado, es *nulo en su total alcance* (art. 339, inc. 2, CPPN, en conexión con el art. 8, párr. 1, CADH), razón por la cual corresponde el archivo de las actuaciones—, así también corresponderá tomar esa decisión, considerando ya el dictado de una sentencia definitiva destitutoria, del 28/9/2005 (Sentencia DR-1128/05), lo que así solicita que se declare, en este primer agravio, *en decisión común de ambos recursos extraordinarios*. Los demás agravios de este escrito, *en esta medida*, deben ser considerados subsidiarios.

## § 5. Invalidez de la sentencia condenatoria por estar afectada la garantía de tribunal independiente e imparcial (art. 8, párr. 1, CADH)

### I. Planteo de la cuestión

#### A) Objeto de la tacha

El *segundo* agravio también se superpone con uno de los que fueron planteados en el anterior recurso extraordinario<sup>70</sup>, oportunamente interpuesto por la defensa contra la resolución del 22/6/2005 que denegó el planteo de recusación de diversos senadores (art. 1.º, Resolución DR-JP[B]-6/05), al igual que contra la resolución de esa fecha que suspendió al juez Boggiano de sus funciones como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 6.º, Resolución DR-JP[B]-7/05). Dado que la Corte Suprema, en su fallo del 27/9/2005, declaró *mal denegado* por el Senado de la Nación aquel recurso extraordinario y, en consecuencia, abrió la queja, tal cuestión y agravio se hallan pendientes de decisión por la Corte Suprema respecto de las dos resoluciones recién citadas (del 22/6/2005). Pero, a la vez, aquí debe ser reproducido el mismo agravio, ahora contra la *sentencia definitiva*, condenatoria, del 28/9/2005, o sea: la Sentencia

<sup>70</sup> Recurso extraordinario de la defensa del juez Boggiano contra las resoluciones del Senado dictadas el 22/6/2005, § 3.

DR-1128/05, siendo útil demostrar aquí, asimismo, de qué modo se reflejó en concreto, en el resultado final de la sentencia, la sospecha de parcialidad denunciada en el planteo de recusación originario.

Como se sabe, nuestro planteo de recusación se fundó en que 34 senadores de los que siguen integrando el Senado al momento actual habían intervenido en el juicio anterior contra el juez Moliné O'Connor, votando en favor de la acusación, al menos por alguno de los cargos incluidos en ella, y tales cargos se reproducían en este juicio. Fue planteado pues como violación a la garantía de *imparcialidad en su "dimensión objetiva"* —en el sentido de la jurisprudencia habida al respecto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación— el hecho de que tales senadores intervinieran ahora en este segundo juicio, cuando ya habían tomado decisiones correspondientes al reconocimiento de la culpabilidad de un coimputado potencial, en el primer juicio, en ausencia del acusado en el segundo juicio. Más allá de que esta segunda acusación fue tachada de improcedente (nula en su total alcance) por la defensa, si el juicio seguía adelante de todos modos —tal el planteo de la defensa— no podía hacerlo con los mismos jueces que ya se habían pronunciado contra el primer acusado, de modo que se produjera una contaminación en su rol de juez para el segundo juicio. Se trata de la garantía de imparcialidad del tribunal, consagrada en el art. 8, párr. 1, CADH, y, por tanto, resguardada también por fuerza del art. 75, inc. 22, CN.

Por lo demás, en nuestro anterior recurso extraordinario se demostró también una lesión sorpresiva a la garantía de *independencia del tribunal*, en razón de que *un bloque político* manifestó expresamente que cada juez de su bloque actuaba asumiendo la decisión del partido, que había sido tomada en forma previa a la sesión del 22/6/2005, votando finalmente por la suspensión del juez, lo que se reprodujo, *mutatis mutandis*, en la sentencia definitiva del 28/9/2005.

Así como la resolución que rechazó la recusación el 22/6/2005 causó un agravio ya definitivo de orden federal, en razón de que el tribunal de juicio quedó constituido de manera contraria a las garantías aseguradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, párr. 1, CADH), y, por ende, en contra del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, así también la sentencia definitiva dictada sobre esa misma base ilícita de integración del tribunal afecta la misma garantía.

Los elementos *independencia* e *imparcialidad* deben ser distinguidos, porque corresponden a nociones distintas, por más que se hallen vinculados, y por más que la *independencia* sea ya un presupuesto de la *imparcialidad*.

## **B) Tribunal “no independiente”**

Los vicios que conciernen a la calidad de tribunal “no independiente” consisten en que varios senadores que integran uno de los partidos políticos del país, la Unión Cívica Radical, manifestaron haber tomado una decisión “en bloque”, habiendo sido autorizada alguna disidencia específica, como excepción. Sin embargo, tal actuación por “bloque político” viola de por sí la garantía de tribunal

*independiente* (art. 8, párr. 1, CADH); pues, conforme a esa garantía, cada juez debe sentirse vinculado, *sólo por su conciencia*, a tomar la decisión *justa* según su leal saber y entender, y no según una decisión surgida de la conducción política de su partido, por más “democrática” que hubiera sido la forma de llegar a un criterio uniforme en el seno del partido respectivo.

Pero esta cuestión, con ser grave, no fue la objeción que había fundamentado el planteo originario de la defensa de recusación de 34 senadores del cuerpo. Pues la lesión al “tribunal independiente” surgió precisamente después de nuestro planteo originario.

Por ello, sobre este aspecto de “tribunal no independiente” se hablará en particular *infra*, punto **VIII**.

### **C) Tribunal “no imparcial”**

El planteo originariamente incluido en el escrito de defensa y en su ampliación oral fue el de recusación de los jueces que no satisfacían *el estándar objetivo de imparcialidad* fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La densa cuestión planteada por la defensa al respecto<sup>71</sup>, como se sabe, no fue tratada por el Senado, sino con un rechazo “*in limine*”.

Al rechazar “*in limine*” las recusaciones planteadas por la defensa, como “manifiestamente improcedentes”, el tribunal no controvertió ninguna de las razones expuestas por la defensa como fundamento de la recusación, aun cuando ellas se fundan en una honda tradición humanista jalonada por la jurisprudencia internacional en la materia, de modo que en este recurso tampoco haría falta controvertir ningún fundamento. En lugar de ello, se hace seguidamente un esbozo de la recusación respectiva y de sus fundamentos en garantías reconocidas en tratados sobre derechos fundamentales del hombre, acogidos en la Constitución (art. 75, inc. 22, CN). Posteriormente, serán controvertidos algunos argumentos deslizados durante el debate de la sesión del 22/6/2005, siguiendo en este aspecto nuestro anterior recurso extraordinario, argumentos aislados que más resumidamente volvieron a insinuarse en la sesión del Senado habida con antelación a la votación de los cargos, en la sesión del 28/9/2005 (es decir, con carácter previo a la sentencia definitiva).

De este aspecto del agravio de tribunal no imparcial se trata *infra*, puntos **II** a **VII**.

## **II. Jueces que han sido recusados**

Como se indicó, la recusación de los 34 senadores de referencia fue fundada en el hecho de que ellos habían votado por la destitución del entonces juez de la

---

<sup>71</sup> Véase “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo II, pp. 69/102, escrito ahora publicado íntegramente, con la versión taquigráfica de la sesión del 22/6/2005, en GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 123/174.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Don Eduardo Moliné O'Connor, en el juicio político seguido contra él respecto de los casos "Meller", "Macri" y "Dragonetti de Román".

La nómina de los 34 senadores originariamente recusados por la defensa del juez Boggiano es la siguiente:

1.	<u>Arancio de Beller, Lylia Mónica Jujuy Frente Cívico Jujeño</u>	<u>9/12/2005</u>	
2.	<u>Bar, Graciela Yolanda Entre Ríos Justicialista</u>		*
3.	<u>Cafiero, Antonio Francisco Buenos Aires Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
4.	<u>Caparrós, Mabel Luisa Tierra Del Fuego Justicialista</u>		
5.	<u>Capitanich, Jorge Milton Chaco Justicialista</u>		*
6.	<u>Castro, María Elisa Santiago Del Estero Justicialista</u>		
7.	<u>Colombo de Acevedo, M. Teresita Del Valle Catamarca Frente Cívico Y Social</u>		*
8.	<u>Conti, Diana Beatriz Buenos Aires Frepaso</u>	<u>9/12/2005</u>	*
9.	<u>Daniele, Mario Domingo Tierra Del Fuego Justicialista</u>		
10.	<u>Falcó, Luis Río Negro Radical Rionegrino</u>		*
11.	<u>Fernández, Nicolás Alejandro Santa Cruz Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	*
12.	<u>Fernández de Kirchner, Cristina E. Santa Cruz Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	*
13.	<u>Gallia, Sergio Adrián Neuquen Justicialista</u>		
14.	<u>Guinle, Marcelo Alejandro Horacio Chubut Justicialista</u>		
15.	<u>Ibarra, Vilma Lidia Ciudad Autónoma de Bs. As. Frente Grande</u>		*
16.	<u>Jenefes, Guillermo Raúl Jujuy Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
17.	<u>Latorre, Roxana Itatí Santa Fe Justicialista</u>		*
18.	<u>Leguizamón, María Laura Ciudad Autónoma de Bs. As. Justicialista</u>		
19.	<u>López Arias, Marcelo Eduardo Salta Justicialista</u>		
20.	<u>Martín, Floriana Nélide San Juan Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
21.	<u>Mayans, José Miguel Ángel Formosa Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
22.	<u>Maza, Ada Mercedes La Rioja Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
23.	<u>Mera, Mario Rubén Santiago Del Estero Justicialista</u>		
24.	<u>Miranda, Julio A. Tucuman Justicialista</u>		*
25.	<u>Morales, Gerardo Rubén Jujuy Unión Cívica Radical</u>	<u>9/12/2005</u>	
26.	<u>Müller, Mabel Hilda Buenos Aires Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
27.	<u>Negre de Alonso, Liliana Teresita San Luis Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
28.	<u>Ochoa, Raúl Ernesto, San Luis Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
29.	<u>Oviedo, Mercedes Margarita Misiones Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
30.	<u>Paz, Elva Azucena Formosa Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
31.	<u>Perceval, María Cristina Mendoza Justicialista</u>		*
32.	<u>Pichetto, Miguel Ángel Río Negro Justicialista</u>		
33.	<u>Puerta, Federico Ramón Misiones Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	
34.	<u>Yoma, Jorge Raúl La Rioja Justicialista</u>	<u>9/12/2005</u>	

Los 34 senadores de esta nómina<sup>72</sup> habían votado en favor de la destitución del ex - juez Moliné O'Connor al menos en alguno de los cargos referidos a la causa "Meller"; aquellos 28 senadores que aparecen subrayados en la misma lista habían votado además por la destitución de dicho juez al menos en alguno de los cargos referidos a la causa "Magariños" (conexo con el caso "Dragonetti de Román", en razón de que parte de la imputación se correspondía con el dictado de una Acordada suscripta simultáneamente por ambos jueces); mientras que, finalmente, los 11 senadores que en la lista aparecen signados con asterisco, son aquellos que habían votado al menos en favor de alguno de los cargos referidos a la causa "Macri". La fecha 2/12/2005 indica el punto final del mandato, es decir,

<sup>72</sup> Como se sabe, el senador Ochoa, de todos modos, se hallaba "suspendido" por el Senado.

que la base de jueces *no* contaminados podría haberse ampliado en alguna medida, si la prosecución del juicio se hubiera diferido al 10/12/2005.

### III. Incidencia de la contaminación procesal en la sentencia definitiva

La forma en que el temor de parcialidad por razones objetivas se tradujo en daño concreto en la sentencia definitiva del 28/9/2005 no se corresponde íntegramente, sino parcialmente, con la forma en que el mismo temor se había traducido ya en daño objetivo, en la decisión de suspensión del 22/6/2005. Aquí corresponde mostrar qué senadores de los originariamente recusados por contaminación procesal votaron efectivamente por la destitución del juez Boggiano en la sentencia definitiva.

La destitución del juez Boggiano fue aprobada positivamente en todos los cargos correspondientes a la causa “Meller” (por cuya resolución judicial, aunque con voto de fundamentación distinta, también había sido destituido el juez Moliné en el primer juicio). Los 6 cargos, que en el juicio a Moliné O’Connor se habían expresado en sólo 3 cargos, fueron votados en el juicio al juez Boggiano por un número de votos que osciló entre 40 y 44 votos. Aquí corresponde identificar cuántos de los 44 votos destitutorios correspondieron a senadores que habían sido recusados por menoscabo a la garantía de imparcialidad, a saber:

1. Arancio de Beller, Lylia Mónica Jujuy Frente Cívico Jujeño
2. Bar, Graciela Yolanda Entre Ríos Justicialista
3. Cafiero, Antonio Francisco Buenos Aires Justicialista
4. Caparrós, Mabel Luisa Tierra Del Fuego Justicialista
5. Capitanich, Jorge Milton Chaco Justicialista
6. Colombo de Acevedo, M. Teresita Del Valle Catamarca Frente Cívico Y Social
7. Conti, Diana Beatriz Buenos Aires Frepaso
8. Daniele, Mario Domingo Tierra Del Fuego Justicialista
9. Falcó, Luis Río Negro Radical Rionegrino
10. Fernández, Nicolás Alejandro Santa Cruz Justicialista
11. Fernández de Kirchner, Cristina E. Santa Cruz Justicialista
12. Gallia, Sergio Adrián Neuquén Justicialista
13. Guinle, Marcelo Alejandro Horacio Chubut Justicialista
14. Ibarra, Vilma Lidia Ciudad Autónoma de Bs. As. Frente Grande
15. Jeneffes, Guillermo Raúl Jujuy Justicialista
16. Latorre, Roxana Itatí Santa Fe Justicialista
17. Mayans, Jose Miguel Angel Formosa Justicialista
18. Maza, Ada Mercedes La Rioja Justicialista
19. Mera, Mario Rubén Santiago Del Estero Justicialista
20. Miranda, Julio A. Tucumán Justicialista
21. Morales, Gerardo Rubén Jujuy Unión Cívica Radical
22. Oviedo, Mercedes Margarita Misiones Justicialista
23. Paz, Elva Azucena Formosa Justicialista
24. Perceval, María Cristina Mendoza Justicialista
25. Pichetto, Miguel Ángel Río Negro Justicialista
26. Yoma, Jorge Raúl La Rioja Justicialista

De los 34 senadores originariamente recusados, 7 estuvieron ausentes el 28/9/2005: *Castro*, *Leguizamón*, *López Arias*, *Martín*, *Müller*, *Ochoa* (suspendido) y *Puerta*, mientras que la senadora *Negre de Alonso* votó *en contra* de la acusación, es decir, por el rechazo de todos los cargos. Dicho de otro modo, de los 27 senadores que estuvieron presentes en la sesión de la sentencia definitiva,



de los 34 originariamente recusados (descontados los 7 jueces ausentes), 26 se comportaron conforme a la previsión de temor de *parcialidad contra el acusado*, y sólo *una* senadora, *no*; lo que demuestra en qué grave medida el temor de parcialidad se ha traducido en daño concreto y definitivo, porque más de la mitad de los 44 votos destitutorios corresponden a jueces que le despertaban al acusado justificadas sospechas de parcialidad, en el sentido de la jurisprudencia de los tribunales internacionales antes mencionados, recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Descartados tales 26 votos, los 18 votos destitutorios restantes no representarían dos tercios, si se enfrentaran a los 12 votos que rechazaron todos los cargos. Esto demuestra la especial incidencia de la cuestión, más allá de que, dentro de los 18 votos destitutorios, varios senadores se hallaban afectados por el vicio de falta de independencia (especialmente los del bloque radical).

Más allá de ello, el agravio de tribunal *no imparcial* alcanza también a los senadores ausentes el día de la sentencia definitiva, porque esta clase de juicio, por anomalías consentidas desde siempre por el Senado, transcurre en unas sesiones *con unos* jueces y en otras sesiones, *con otros*. Para dar ahora tan sólo un ejemplo, el día de los alegatos finales de acusación y defensa, el senador *López Arias* —quien al comienzo de este juicio había pedido su excusación justamente porque entendía que la intervención suya en el juicio anterior lo invalidaba para actuar como juez imparcial en el segundo juicio—, fue llamado a bajar al recinto para satisfacer el *quórum* necesario para iniciar la sesión del 22/9/2005 (audiencia de alegatos), más allá de que, después de iniciada ésta, él y muchos otros senadores se retiraron, no satisfaciéndose el quórum en ningún momento durante los alegatos de la defensa (hubo sólo entre 27 y 34 senadores presentes según cada momento, siendo que la mitad más uno requerida exigía 37). Dicho de otro modo, si, p. ej., hubiera sido aceptada la excusación originaria del senador *López Arias*, éste no habría podido dar quórum en la sesión de alegatos, lo que proyecta incidencia también sobre el progreso intermedio ilícito en dirección a la sentencia definitiva condenatoria, lo que demuestra que la lesión final real a la garantía de tribunal imparcial no se limita en realidad a los 26 senadores arriba mencionados.

#### **IV. Fundamento de la recusación en la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial (art. 8, párr. 1, CADH)**

La garantía de *tribunal imparcial* (art. 8, párr. 1, CADH) ha sido interpretada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa “Llerena”, sent. del 17/5/2005), en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (respecto del art. 6, párr. 1, CEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (respecto del art. 8, párr. 1, CADH).

Como se sabe, se trata de una distinción entre imparcialidad *subjetiva* y *objetiva*, exigiéndose ambos estándares para que el tribunal sea admisible como constituido en respeto a las garantías del acusado. Se da un vicio de parcialidad subjetiva, cuando hay indicios de que un juez tenderá a resolver la causa, por una posición personal, en *cierta dirección*, especialmente en contra del imputado, como-

quiera que sea el desarrollo del juicio. Se da un vicio de parcialidad en su dimensión *objetiva*, cuando ya el mero rol en el que se hubiera desempeñado el juez en un momento anterior al juicio puede levantar sospechas fundadas de parcialidad, lo que ocurre especialmente cuando ha intervenido con antelación en la misma causa, en un rol que puede haber *contaminado*<sup>73</sup> su criterio en determinada dirección, en particular cuando debió asumir cierto rol que puede haberle formado *prejuicios de culpabilidad* contra el acusado; lo mismo ocurre cuando ha juzgado ya el mismo caso, respecto de la acusación contra un coimputado, siendo que la culpabilidad de éste implicaría al menos una (alta) probabilidad de la culpabilidad del coimputado posterior. Incluso razones psicológicas de *inseguridad en sí mismo* pueden influir a este respecto, porque aun aquel que en un segundo juicio advirtiera que falló equivocadamente en el juicio anterior, tendería a defender su error con un voto análogo al emitido en el otro juicio.

De la nómina de casos del Tribunal Europeo referidos a la cuestión, pueden ser citados, entre otros: “*Piersack vs. Bélgica*” (1982)<sup>74</sup>, “*De Cubber vs. Bélgica*” (1984)<sup>75</sup>, “*Ben Yaacoub vs. Bélgica*” (1987)<sup>76</sup>, “*Hauschildt vs. Dinamarca*” (1989)<sup>77</sup>, “*Oberschlick vs. Austria*” (1991)<sup>78</sup>, “*Castillo Algar vs. España*” (1998)<sup>79</sup> y

---

<sup>73</sup> La expresión “jueces contaminados” no tiene ninguna otra acepción que la de marcar que un juez ya ha tenido sobre el caso determinada impresión, en un momento previo, por las razones que fueran, especialmente *en contra del acusado*. Dicho a la inversa, en contenido negativo, que el juez *no* llega a juzgar el caso *exento de prejuicios de culpabilidad*, como sí debería ser. Acerca de este uso de la expresión “contaminado” en ese exclusivo sentido, v., p. ej., RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La contaminación procesal, El derecho al juez imparcial, Causas de abstención y recusación* (con comentario a la STEDH del 28/10/1998, en el caso “Castillo Algar vs. España” y publicación de esta sentencia), Comares, Granada, 2000. En nuestro país, ya anteriormente, GUSTAVO BRUZZONE, *Sobre la garantía del juez imparcial*, en “N.D.P.”, 1996-B, pp. 541 ss., esp. 548 s.; v. también JORGE A. SANDRO, en SANCINETTI, *La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 139, punto 2, tercer párrafo; v. también SANCINETTI, op. cit., p. 165, n.º m. 197. La defensa hace esta acotación, en razón de que varios senadores tomaron como *hiriente* o *no sería* la expresión; incluso el testigo Rafael Bielsa, que contestó por escrito el cuestionario a él correspondiente, usó esta expresión en sentido, a nuestro juicio, ridiculizante para la defensa. Se trata, como se destaca aquí, de una expresión técnica que todos los entendidos en la materia conocen perfectamente, y que no tiene ningún sentido *peyorativo*, sino *descriptivo*.

<sup>74</sup> TEDH, Serie A, Nº 53, sent. del 1/10/1982, v. su publicación en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos - 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, BJC, Madrid, pp. 869 ss. Para una relación de los hechos origen de la causa y la doctrina del Tribunal, cfr. SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 43 ss.

<sup>75</sup> TEDH, Serie A, Nº 86, sent. del 26/10/1984, v. su publicación en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisprudencia 1984-1987*, BJC, Madrid, pp. 256 ss. Para una relación de los hechos origen de la causa y la doctrina del Tribunal, cfr. SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 48 ss.

<sup>76</sup> TEDH, Serie A, Nº 127, sent. del 27/11/1987, v. según su publicación en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Jurisprudencia 1984-1987*, BJC, Madrid, pp. 1231 ss. En este caso, sin embargo, las partes llegaron a un acuerdo amistoso después de que la Comisión EDH emitiera el dictamen de que había habido una lesión a la garantía de imparcialidad. Para una relación de los hechos origen de la causa y la doctrina de la Comisión, cfr. SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 55 ss.

<sup>77</sup> Sent. del 24/5/1989, Serie A, Nº 154. Cfr. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); versión castellana de María Fernanda Pérez Rosales, referida en SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 62 ss.

otros posteriores. Estos casos tienen en general la estructura de que *uno o más* de los jueces que integran un tribunal de juicio han intervenido anteriormente en la misma causa en otro carácter (por ejemplo: un juez del tribunal de juicio que anteriormente fue juez de instrucción y dictó prisión preventiva contra el acusado). Por lo demás, el Tribunal Europeo ha extendido esta doctrina de la violación a la garantía de imparcialidad, al caso de juicios sucesivos por los mismos jueces contra distintos acusados que, si hubieran sido juzgados en un solo juicio, habrían sido coimputados, con alcance igual o distinto, según fuera el fondo del asunto, pero siempre como coimputados. Esta doctrina se consagra en la causa: “*Rojas Morales v. Italia*”, fallada el 16/11/2000. En esta causa el acusado fue condenado por asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes por un tribunal que estaba integrado por dos juezas que habían juzgado previamente a otro coimputado por el mismo hecho, con afirmaciones que podían implicar la culpabilidad de Rojas Morales. El Tribunal Europeo declaró que tal juicio había violado la garantía de tribunal imparcial (art. 6.1, CEDH).

En concreto, el TEDH declaró en el caso “*Rojas Morales v. Italia*” (2000):

“**30)** La Corte recuerda que a los fines del art. 6, párr. 1, la imparcialidad debe apreciarse de una manera subjetiva, tratando de determinar la convicción y el comportamiento personales de tal juez en tal ocasión, y también de una manera objetiva que lleve a asegurar que él ofrecía las garantías suficientes para excluir sobre este punto toda duda legítima (ver, entre otros, los fallos *Hauschildt c. Dinamarca* del 24 de mayo de 1989, serie A n.º 154, p. 21, párr. 46 y *Thomann c. Suiza* del 10 de junio de 1996, Repertorio 1996-III, p. 815, párr. 30).

”**31)** En cuanto a la primera, la Corte no ha relevado ningún elemento susceptible de poner en duda la imparcialidad personal de los jueces involucrados.

”**32)** En cuanto a la segunda, ella lleva a preguntarse si, independientemente de la conducta del juez, existen ciertos hechos verificables que autorizan a sospechar la imparcialidad de este último. En el caso, incluso las apariencias pueden revestir importancia. Corresponde a la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable. Resulta que para pronunciarse, en un caso particular, sobre la existencia de una razón legítima para dudar de un juez por falta de imparcialidad, la óptica del acusado debe tomarse en cuenta, pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprehensiones del interesado como objetivamente justificadas (ver el fallo *Ferranteli y Santangelo c. Italia* del 7 de agosto de 1996, Repertorio 1996-III, pp. 951-952, párr. 58).

”**33)** La Corte nota que, en el caso, el temor a una falta de imparcialidad viene del hecho de que la decisión del tribunal de Milán del 6 de julio de 1993 pronunciada contra M.A., contiene numerosas referencias al requirente y a su papel en el seno de la organización criminal de la cual se sospechaba que él formaba parte. En particular,

<sup>78</sup> Sent. del 23/5/1991, Serie A, N° 204. Cfr. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); versión castellana de María Fernanda Pérez Rosales, referida en SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 73 ss.

<sup>79</sup> Sent. del 28/10/1998; cfr. SANCINETTI, *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 78 ss., tomando allí la versión castellana de la sentencia que se publica en RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La contaminación procesal, El derecho al juez imparcial, Causas de abstención y recusación*, Comares, Granada, 2000, pp. 143 ss.

varios párrafos se refieren al requirente como el organizador y promotor de un tráfico de estupefacientes entre Italia y América latina [...]. Dos de los jueces que habían pronunciado la sentencia del 6 de julio de 1993 —especialmente las Sras. *M* y *B*— fueron luego llamadas a decidir sobre la razón de las acusaciones llevadas contra el requirente, que comprendían, al menos en parte, los mismos hechos que eran la base de la condena a M.A.

”34) La Corte estima que estos elementos bastan para considerar como objetivamente justificados los temores del requirente con relación a la imparcialidad del tribunal de Milán.

”35) En consecuencia, hubo violación del art. 6, párr. 1”<sup>80</sup>.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de modo claro y definitivo reiteradamente, y en particular en el conocido caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, sentencia del 2/7/2004, en la que adoptó el criterio *subjetivo + objetivo* del TEDH.

En efecto, en el caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*” (2004), la Corte IDH, declaró —en seguimiento del Tribunal Europeo—:

“170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

”Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso”<sup>81</sup>.

Por lo demás, en el conocido “*Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*”<sup>82</sup>, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que las garantías propias del proceso penal *rigen plenamente para el caso de juicios políticos a magistrados de tribunales constitucionales*, y especialmente la que se refiere a *la garantía de imparcialidad del tribunal*.

La doctrina del “*Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*” reza de la siguiente manera:

<sup>80</sup> TEDH, sent. del 16/11/2000 (convertido en definitivo el 16/2/2001, art. 44, párr. 2, CEDH), caso “*Rojas Morales vs. Italia*”, demanda n.º 39.676/98 (versión española a partir del orig. francés de Lilianna Baldo y Ana María Aulmann).

<sup>81</sup> Sent. de la Corte IDH en el caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, 2/7/2004; en nota 119 son citados allí casos más modernos que los anteriormente mencionados del TEDH: “*Pabla KY vs. Finlandia*” (26/6/2004, párr. 27) y “*Morris vs. El Reino Unido*” (26/2/2002, párr. 58); en la nota 118 la Corte IDH se refiere a sus propias sentencias de los casos “*Ivcher Bronstein*”, sent. 6/2/2001, Serie C, n.º 74, párr. 112; “*Caso del Tribunal Constitucional*”, sent. 31/1/2001, Serie C, n.º 71, párr. 77; caso “*Castillo Petruzzi y otros*”, sent. 30/5/1999, Serie C, n.º 52, párr. 130-131.

<sup>82</sup> Sentencia del 31/1/2001.

”67. Como ha quedado establecido en el presente caso, la destitución de las tres supuestas víctimas fue producto de la aplicación de una *sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político (supra 56.25)*.

”68. El respeto a los derechos humanos *constituye un límite a la actividad estatal*, lo cual *vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder*, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún [aun] más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino [que] implica además *la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción*, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

”69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación *no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto*, «sino [que abarca también] el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

”70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, *el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes* y, por ende, en ese tipo de materias el individuo *tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal*.

”71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, *otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo*. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», *esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas*. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, *tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*.

”[...]

”74. En cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, los mismos Principios [Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura] disponen:

Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. *El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente*. [...] En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez *debe conducirse imparcialmente* en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa.

”[...]

”77. En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte

estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, *independiente e imparcial* y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”<sup>83</sup>.

Lo anterior es suficiente como para establecer que la garantía *de imparcialidad* consagrada en el art. 8, párr. 1, CADH, alcanza, de modo incontrovertible, al *juicio público del art. 59 de la Constitución de la Nación Argentina*. Y, a su vez, la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH marca una uniformidad en la senda de fortalecer la exigencia de tribunal imparcial, según la distinción entre imparcialidad en sentido *subjetivo y objetivo*, doctrina que ha sido recibida recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la ya citada causa “Llerena”, resuelta el 17/5/2005.

En suma, el hecho de que el tribunal que juzgó al juez Boggiano estuviera integrado —especialmente en la sentencia definitiva— por 26 jueces que habían juzgado un caso anterior, en el que la acusación tenía numerosos puntos en común con la de este juicio, impone que la Corte Suprema, así como en el trámite de nuestro anterior recurso extraordinario debería hacer lugar a la recusación planteada, así también en este recurso, *contra la sentencia definitiva*, debe declarar violada la garantía de imparcialidad en el juicio seguido contra el juez Boggiano, disponiendo ya por ese solo motivo la revocación de la sentencia definitiva del juez acusado resuelta por el cuerpo con incidencia de 26 “jueces contaminados” (en el sentido de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sobre 44 jueces que votaron por la sentencia de culpabilidad.

#### **V. La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal, expresada a modo de silogismo**

Si el fundamento de este planteo debiera traducirse en un silogismo breve, la cadena argumental se reflejaría de este modo:

a) todo juicio en que se debata una cuestión penal, civil o de otra naturaleza que ponga en juego el derecho de una persona humana debe tramitar *con respeto a la garantía de tribunal independiente e imparcial* (art. 8, párr. 1, CADH; art. 75, inc. 22, CN);

b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado específicamente que dicha garantía *es plenamente aplicable al caso de juicios políticos contra magistrados de un tribunal constitucional* (“*Caso del Tribunal Constitucional [Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú]*”);

<sup>83</sup> Párrafos 67 a 77 de la sentencia de la Corte IDH, en el “*Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*”, del 31/1/2001. (Las aclaraciones entre corchetes no son del original; las bastardillas y negritas también están interpoladas por esta defensa.). Respecto de la incidencia de esta sentencia en la interpretación de la recusabilidad de jueces de juicios políticos en Argentina, véase ALFONSO SANTIAGO (H.), *Grandezas y miserias en la vida judicial - El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales*, El Derecho, Bs. As., 2003, p. 26, nota 47.

c) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado también que la garantía de imparcialidad debe ser interpretada de manera concordante con la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente sobre la base de la distinción entre vicios de parcialidad subjetiva y objetiva (“*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”);

d) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a su vez, ha declarado que el juzgamiento de un acusado por parte de jueces que ya han juzgado el mismo caso en un juicio anterior, mientras la primera sentencia hubiera podido formar opinión sobre la culpabilidad del acusado posterior, viola la garantía de imparcialidad (“*Rojas Morales vs. Italia*”);

e) todos los cargos aprobados contra el juez Boggiano correspondieron al caso “Meller”, por el cual también fue destituido en el primer juicio el entonces juez Moliné O’Connor, por lo que las sospechas del segundo acusado sobre la posible formación de prejuicios de culpabilidad en los jueces que habían votado por la destitución del primero se revelaron como justificadas, según la doctrina del TEDH y de la Corte IDH;

f) la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha adscripto a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Llerena”, de lo que se desprende que también en este caso debe declarar la violación a la garantía de imparcialidad del tribunal;

g) **ergo**, para la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la destitución del juez Boggiano fue decretada en un juicio público que no tramitó ante un tribunal que satisficiera la garantía de “tribunal imparcial” (art. 8, párr. 1, CADH; art. 75, inc. 22, CN), por lo que debe revocarse la condena, por menoscabar garantías constitucionales.

## **VI. Argumentos del rechazo *in limine* de la recusación expuestos durante el debate de la sesión del 22/6/2005**

Se ha dicho ya que el Senado, fiel a su decisión de “rechazar *in limine* las recusaciones... por manifiestamente improcedentes”, en la sesión del 22/6/2005, nunca dio una fundamentación propia contraria a los desarrollos de la defensa en este punto, lo que eximiría al recurrente de un análisis de las razones en que *se hubiera podido basar* la resolución negativa de entonces.

Sin embargo, la defensa entiende conveniente —siguiendo aquí también el discurso de nuestro anterior recurso extraordinario— considerar los argumentos que esgrimió durante el debate en el Senado la señora presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales, pues al proponer por primera vez en el recinto tal “rechazo *in limine*”, agregó también: “... por las razones que oportunamente voy a invocar”<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> Senadora Fernández de Kirchner, Cámara de Senadores de la Nación, 20.ª Reunión, 6.ª Sesión en tribunal, 22/6/2005 (Juicio político al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano), p. 53 de la versión taquigráfica provisional acompañada a la notificación de las resoluciones dictadas el 22/6/2005 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 498).

### A) Primer argumento

El primer argumento expuesto por la presidenta de la Comisión invoca la conocida doctrina restrictiva (más que restrictiva, completamente *excluyente* del Senado) respecto de recusaciones en juicios políticos. El texto de este argumento reza así:

“La doctrina pacífica de este cuerpo ha sido, precisamente, un criterio absolutamente restrictivo en materia de admisibilidad de recusaciones y excusaciones, por una razón muy sencilla: somos un tribunal de enjuiciamiento con mandato constitucional para serlo, que no tiene suplentes y que no tiene miembros *ad hoc*. En definitiva, si los señores senadores y senadoras que ocupan sus bancas se recusasen y se excusasen en su totalidad, desaparecería, por ejemplo, la institución de juicio político de la Constitución, porque no hay jueces para suplantarlos. Lo hemos discutido en otras oportunidades, cuando otros señores senadores se han querido excusar o hemos sido recusados”<sup>85</sup>.

El argumento presupone que como la Constitución de la Nación Argentina no ha previsto la posibilidad de senadores suplentes, entonces, *estaría justificado, ya por ello, rechazar toda recusación, puesto que de otra forma se correría el riesgo de no poder realizar un juicio político.*

Con ello se está diciendo, al mismo tiempo, que la Constitución de la Nación Argentina permite llevar adelante un juicio político *incluso en contra de las garantías constitucionales aseguradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Sin embargo, el Estado Argentino *no puede tener habilitado a ningún fin* juicios que no satisfagan la garantía de imparcialidad del tribunal (doctrina de la Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional”).

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que su misión consiste en marcar *cuáles son los derechos que impone respetar* la Convención Europea de Derechos Humanos a los Estados-parte de la Convención, pero *no indicarles de qué modo deben proceder para que tales derechos no sean violados*. Si el Estado Argentino no ha previsto aún una solución para el caso de que existan jueces pasibles de tachas de parcialidad subjetiva u objetiva, los costos de tal imprevisión no pueden ser soportados por la persona humana, sino por el Estado.

Es principio básico de los derechos humanos que el hombre no puede ser convertido en *instrumento* de las instituciones estatales, sino que éstas deben estar concebidas de tal modo que los derechos de la persona humana sean siempre respetados. No hay ningún principio cuyo contenido imponga que el cumplimiento de los fines del Estado presuponen poder sustraerle a la persona humana sus derechos inherentes a su carácter de tal.

Por lo demás, quien siguiera aferrado a la idea de que no puede haber recusación de senadores-jueces, con mayor razón tendría que tachar de nula una segun-

<sup>85</sup> Senadora Fernández de Kirchner, *ídem* (22/6/005), p. 55 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 501).



da acusación contra un acusado que habría podido ser llevado a juicio junto con el supuesto coimputado del juicio anterior. Porque la contaminación procesal era evitable ya con el solo acusar a ambos jueces simultáneamente.

Por consiguiente, con ser cierto que la doctrina del Senado que se dice allí “pacífica” lo es efectivamente, eso *no demuestra en absoluto* que tal doctrina sea compatible con la Constitución. Ella deriva de una época en que las garantías de la persona humana *no tenían el carácter fundamental en la organización del Estado moderno, que hoy se le reconoce en la comunidad internacional*. Por lo que, a más tardar a partir de 1994, aquella doctrina debió ser abandonada por *inconstitucionalidad sobreviniente* —si no era ya *preexistente*—.

La antigua doctrina del Senado presupone que, al actuar como “tribunal de juicio”, este órgano se halla al margen del orden jurídico, es decir, que puede actuar *en violación del art. 8, párr. 1, CADH, lo que no puede ser aceptado*. El argumento “tenemos un mandato constitucional” es una *petitio principii*. Pues si la defensa tiene razón en que tales jueces se hallaban contaminados, su intervención en el juicio violaba la Constitución Nacional, por lo que para ellos no podía regir ningún mandato de la Constitución de intervenir en el juicio, sin o de excluirse. El argumento, por ello, presupone demostrado (en un *círculo*) aquello que pretende demostrar.

## B) Segundo argumento

El segundo argumento invocado dice así:

“Pero aquí, en el caso puntual que estamos tratando hoy de la defensa del ministro Boggiano, en realidad, no estamos ante una recusación. ¿Por qué digo esto? Porque una recusación siempre es sobre uno, dos, tres o cuatro miembros, pero aquí se está recusando a 34 miembros de este cuerpo sobre un total de 72. Está claro que no han recusado a 37, porque si no, simplemente, no podríamos sesionar por falta de quórum.

”Entonces, no estamos ante el instituto de la recusación, sino que me parece que estamos ante una novedosa institución a la que yo llamaría de intento de desintegración del tribunal de enjuiciamiento —en este caso, el Senado de la Nación—, tal cual lo marca la Constitución. Lo digo no solamente por una cuestión de números, sino por los propios contenidos en los fundamentos de la recusación:

”Fíjese, señor presidente, que no se recusa a todos los que votaron en el caso de Moliné O’Connor. No, porque si se recusara, en nombre del prejuizgamiento, a todos los que votaron en el juicio a Moliné O’Connor, nos quedaríamos sin tribunal, porque votaron todos: ya sea de una u otra manera, opinaron y votaron. ¿A quién se nos pide la recusación? A los 34 miembros de este cuerpo que votamos por la destitución de Moliné O’Connor, por lo cual, la causa de prejuizgamiento que se invoca no es cierta, porque en tal caso, el prejuizgamiento debería ser para los que votaron por la destitución y para quienes no votaron por la destitución. Si esa fuera la verdadera causal, estaría prácticamente desintegrado el Tribunal de enjuiciamiento. Esta es la primera

gran falencia; más que eso, creo que estamos ante un intento no ya de recusación, sino de desintegración del Tribunal”<sup>86</sup>.

En toda esta transcripción, hay que distinguir entre aquello que se ofrece como fundamento para rechazar la recusación (a saber: que si fuera correcto el argumento tampoco podrían intervenir los jueces que no hubieran votado por la destitución en el primer juicio) y aquello que se dice para afirmar que, en realidad, “no se trata de una recusación” —porque tales argumentos corresponden a planos completamente distintos del pensamiento—.

Se empezará por esto último. La primera razón que se da para decir que “no es una recusación” es de orden *cuantitativo*: “no son uno, dos, tres o cuatro los jueces recusados, sino 34”. Sin embargo, que un planteo sea de *recusación* o *no*, *no* depende en absoluto del *número* de los jueces destinatarios del planteo, sino de la “naturaleza de la cosa”. Si la petición consiste en decir que “un” juez o “decenas de jueces” no satisfacen, según los tratados internacionales, el estándar del “juez imparcial”, tal petición *es* un planteo de recusación; *no puede ser otra cosa*. Y lo mismo da a ese respecto que sean *muchos* o *pocos* los sujetos afectados del mismo vicio. Que el tribunal “se desintegre” por quedar viciado un número muy alto de jueces es *un hecho*, si lo es, que *no es atribuible al acusado*, sino a la realización de un juicio previo que contaminó el rol que los senadores hubieran de desempeñar después, en un segundo juicio. Y, por lo demás, si se hubiera suspendido el proceso hasta la renovación parcial del cuerpo a operarse en el próximo mes de diciembre, habría decaído también el argumento de la “desintegración”, ya como dato  *fáctico*. En cualquier caso, no es asunto del acusado resolver de qué modo puede integrarse un tribunal legítimo, sino que basta con que él invoque su derecho a ser oído por un tribunal *imparcial* (art. 8, párr. 1, CADH).

Respecto del argumento de que también los senadores que no hubieran votado por la destitución del primer acusado quedarían contaminados, vale lo que la defensa ya señaló en su propio planteo inicial, desoído por el Senado. Aquí se puede resumir lo siguiente:

a) El Pacto de San José de Costa Rica sólo protege los derechos de la persona humana frente al Estado; en esta medida, habilita su planteo contra los jueces que hayan desempeñado un rol que despierte sospechas de parcialidad en contra del acusado, *no* en caso contrario.

b) De cualquier modo, el acusado carecía de interés legítimo para llevar su recusación más allá de los límites trazados en el escrito de defensa; ésa, y no otra, es la razón de la limitación de los sujetos pasivos de la recusación.

c) Igualmente, por cierto, el acusado habría visto como razonable que los demás senadores que hubieran tomado cualquier posición en el primer juicio, incluso favorable al acusado de entonces, se hubieran *excusado* de intervenir en el segundo juicio, para lo cual no necesitaban de una recusación del acusado; de modo que el Estado no puede invocar una desigualdad en el alcance de lo que la

<sup>86</sup> Senadora Fernández de Kirchner, *ídem* (22/6/005), p. 55 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 501).

senadora informante llamó “prejuzgamiento” para rechazar *por eso* las recusaciones, pues en todo caso cada senador habido en esa situación habría podido excluirse por sí sin necesidad de una recusación por parte de la defensa —que carecía de interés legítimo para hacerlo—.

Es falso, por lo demás, que la defensa no haya llegado a impugnar a un número mayor de jueces (“37”, dice la senadora Fernández de Kirchner) para no afectar el quórum. Si el número de jueces que hubieran resultado contaminados según la jurisprudencia internacional hubiese ascendido a 37, obviamente la defensa habría impugnado a 37 jueces. Pues la base de su planteo de recusación se halla en que *cada juez debe satisfacer por sí mismo y por completo* el estándar subjetivo y objetivo de imparcialidad y que, conforme a ello, fueron recusados todos los jueces que no satisfacían el estándar objetivo. Si el número ascendía a 1, 10 ó 40, esto no incidía en absoluto en la forma del planteo, sino sólo en el número de casos incluidos. Fueron incluidos todos los casos que violaban el art. 8, párr. 1, CADH; ni uno más, ni uno menos. Y esta decisión no tuvo la menor relación con los efectos derivados de la recusación misma.

### C) Tercer argumento

El último argumento expuesto a este respecto por la presidenta de la Comisión en la sesión del 22/6/2005 se basó en que la defensa argumentaba, respecto del fondo del asunto, una diferencia entre las conductas de cada uno de los acusados en cada juicio, y, por ello, la senadora entendía que así se diluía el fundamento de la recusación.

Ella dijo, por entonces, en efecto:

“La segunda cuestión hace ya a la lógica jurídica de los planteos. Aquí se afirmó, como uno de los ejes centrales de la Defensa, que el fallo del doctor Boggiano es diferente al del doctor Moliné O’Connor. Pero entonces, ¿por qué se nos quiere apartar a los que votamos en el caso de Moliné O’Connor, si el caso es diferente? Si el caso es diferente, no puede haber prejuzgamiento. Para esto, ya ni siquiera hay que ser académico ni abogado. Hay que tener sentido común y lógica, que es lo que falta muchas veces en los enjundiosos planteos de académicos y magistrados. Es una cuestión de pura lógica”<sup>87</sup>.

En primer lugar, es manifiesto que este argumento no podía tener ninguna incidencia respecto de la recusación de los 28 senadores que votaron por la destitución del primer acusado —incluida también la senadora Fernández de Kirchner— en los cargos referentes al caso “Magariños”, que se basaban en un punto en común con los cargos referentes al caso “Dragonetti de Román”, ni respecto de la recusación de los 11 senadores que votaron por esa misma destitución —incluida también la senadora Fernández de Kirchner— en los cargos referentes al caso “Macri”. De modo que este argumento, ya *ab initio*, sólo podría haber sido formulado por aquel que hubiera admitido la recusación respecto de *esos otros*

<sup>87</sup> Senadora Fernández de Kirchner, *ídem* (22/6/005), p. 56 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 501).

casos. Sin embargo, no se admitió *ninguna* recusación, de modo que ese *no* era un argumento *real, ni acertado*.

Por lo demás, en lo que se refiere al caso “Meller”, respecto del cual se pretendía válido aquel argumento, en la decisión del 22/6/2005, no había ni lógica, ni sentido común. Es verdad que la defensa sostuvo que el significado del comportamiento de cada uno de los acusados en cada juicio, por el caso “Meller”, *era distinto*, y que esa diferencia era esencial, en particular respecto de uno de los cargos: el “cargo 1” del caso “Meller”. Pero el acusado tiene derecho, justamente, a que esa diferencia sea percibida por un tribunal *no contaminado*. Ya la mera cuestión de si algo es diferente a otra cosa o, en cambio, *es la misma cosa* tiene que ser evaluada por un juez que *no* se haya formado *ningún* prejuicio sobre la forma de ser de aquella cosa de la que la otra se quiere distinguir.

Que justamente eso es lo que indica el sentido común y no lo contrario, lo demuestran dos pasajes del debate en el Senado.

Así, la senadora Escudero expresó:

“Me consta que hay muchos señores senadores que se sienten condicionados por el voto que emitieron en su momento, en el procedimiento de destitución del doctor Moliné O’Connor”<sup>88</sup>.

Por su parte, el senador Pichetto, al tratar el tema de la “suspensión”, expresó:

“Esos han sido los fundamentos que hemos tenido en el caso del doctor Moliné O’Connor. *Y por una cuestión de coherencia, son los mismos que debemos aplicar ahora*”<sup>89</sup>.

Por lo demás, durante el trámite del juicio posterior a la audiencia del 22/6/2005, específicamente en la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 5/7/2005, la presidenta de la Comisión, senadora Fernández de Kirchner expresó:

“Ahora bien, la propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales es que nos sigamos manejando en este y en otros temas como lo hicimos en el anterior juicio”<sup>90</sup>.

Tal manifestación de la presidenta de la Comisión hace manifiesta una decisión previa, ya tomada antes de producirse la prueba, de que todo el juicio desembocara en una decisión correspondiente a la que había tenido el proceso contra el juez Moliné O’Connor, de modo que este último indicio sugiere ya, incluso, ya una parcialidad *subjetiva*. Pero en todo caso demuestra, al menos, la justificación de las sospechas del acusado sobre parcialidad en sentido *objetivo*.

---

<sup>88</sup> Senadora Escudero, *ídem* (22/6/005), p. 68 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 519).

<sup>89</sup> Senador Pichetto (la bastardilla final es nuestra), *ídem* (22/6/005), p. 82 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 535).

<sup>90</sup> Senadora Fernández de Kirchner, versión taquigráfica de la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 5/7/2005.

Este conjunto de circunstancias demuestra en suma que, para juzgar sobre la pregunta de fondo relativa a la diversidad de votos en cierta causa y a la relevancia de tal diversidad respecto del fondo del asunto, el acusado tenía derecho —previamente a esa consideración sobre el fondo—, a que el juez que tuviese que resolver esa cuestión no se hubiera formado en otro proceso previo ningún criterio sobre el punto.

Tanto la lógica como el sentido común, por ello, estaban del lado de la defensa.

#### **D) El argumento estrictamente faltante**

Comoquiera que fuese, el Senado nunca trató en absoluto el argumento central: a saber, que su integración, así como estaba configurada, violaba la garantía del art. 8, párr. 1, CADH, y, con ello, el art. 75, inc. 22, CN. Esto no puede ser preterido con la mera invocación de que “nuestra doctrina no admite recusaciones”. Se imponía además tratar la cuestión de cómo queda esa doctrina ante la garantía constitucional invocada, sin eludir la cuestión, como en definitiva se hizo.

El único intento a ese respecto correspondió a la senadora Ibarra, también en la sesión del 22/6/2005. Más allá de argumentar en la misma línea ya referida por los dichos de la senadora Fernández de Kirchner, Ibarra dijo:

“Quiero plantear que coincido con la Cámara Nacional de Casación Penal que tiene jurisprudencia sentada sobre este tema en cuanto a que no hay ningún tipo de menoscabo a la garantía de juez imparcial en estos casos. Citaré el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso «Fabián Dupuis s/ Recusación» donde expresa lo siguiente: «No se advierte menoscabo de la garantía del juez imparcial del artículo 18 de la Constitución Nacional y de tratados internacionales incorporados a ella en 1994, ni tampoco se configura la causal de prejuzgamiento cuando un tribunal ha fallado sobre un caso y debe volver a hacerlo después a raíz de la revisión a juicio de un nuevo imputado por el mismo hecho o de uno que estaba prófugo durante el debate anterior»<sup>91</sup>.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, contraria a nuestro planteo, había sido expuesta —con detalladas referencias— en nuestro escrito de defensa, pp. 84/5<sup>92</sup> de la numeración interna del escrito, con cita del mismo precedente mencionado por la senadora Ibarra y muchas otras (v. allí nota 36). Pero la Cámara Nacional de Casación Penal ha sido renuente en general a aceptar la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes en esta materia, cuando, por otro lado, con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asumido, en la causa “Llerena”, del 17/5/2005, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que pasó a tener inmediato efectos en la distribución de causas, por acordada de la Cámara del Crimen de la Capital.

<sup>91</sup> Senadora Ibarra, *idem*, p. 66 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 517).

<sup>92</sup> Cfr. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 147/8, nota 36.

Dicho brevemente, uno ya no puede aferrarse a una jurisprudencia que era acorde a las ideas dominantes hasta hace, como muy cerca, unos 20 años, pero que ya no lo es más, tal como lo han demostrado las citas jurisprudenciales referidas por nosotros.

### VII. Nulidad de la sentencia por haber sido dictada cuando se hallaba pendiente de resolución el planteo de recusación en la Corte Suprema

Un problema algo diferente al que se ha desarrollado hasta aquí lo constituye el hecho de que el día en que el Senado dictó la sentencia definitiva, del 28/9/2005, la Corte Suprema acababa de declarar (en su fallo del 27/9/2005) *mal denegado* el recurso extraordinario puesto por la defensa contra la decisión de suspensión del juez Boggiano en sus funciones en la Corte, y contra el rechazo de las excepciones previas (nulidad, recusación, etc.), como consecuencia de lo cual la Corte había *abierto la queja* que había interpuesto la defensa por la denegación del extraordinario.

Dado que ese recurso extraordinario llevaba a conocimiento del alto tribunal, entre otros planteos, como se dijo, el de *la recusación de los 34 senadores-jueces* y, en consecuencia, el de *la integración del tribunal*, y tal recurso se hallaba *concedido* al momento de la sentencia, las decisiones recurridas en ese recurso pasaban a perder —precisamente por la concesión del extraordinario— la ejecutoriedad al menos *provisional* que habrían tenido mientras la queja no hubiera sido abierta. Es decir, que si la Corte no hubiera dictado el fallo que dictó el día anterior a la sentencia del Senado, sino, p. ej., con posterioridad al 28/9/2005, entonces, el Senado no tenía ninguna razón para no sesionar ese día. Pero, dado que esa no fue la situación, sino que el recurso *ya había sido abierto*, la decisión del rechazo de la recusación (al igual que la de la nulidad total de la acusación) pasaba a *estar en suspenso*, entonces, los jueces recusados —sobre cuya parcialidad pendía a ese momento (y pende aún) la tacha de la defensa— *no podían dictar válidamente sentencia*, hasta que la Corte Suprema se expidiera sobre la cuestión de la recusación.

Dicho de otro modo, incluso quien no aceptara la causal de recusación de la defensa, debería admitir de todos modos que, al momento de ser dictada la sentencia, los jueces recusados se hallaban impedidos de fallar, en razón de la apertura del recurso extraordinario de la defensa.

Nuestra defensa hizo tal planteo explícitamente ante el Senado, en la mañana del 28/9/2005, con estas palabras (transcripción parcial):

“[...]”

”§ 2. *Apertura del recurso extraordinario interpuesto por la defensa y sus efectos sobre el procedimiento de «juicio político»*”

”Que en el día de ayer, 27 de setiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la defensa contra la resolución del 22 de junio de 2005, por la que el juez Boggiano había sido suspendido en sus funciones como juez del alto tribunal y, en consecuencia, declaró formalmente

admisibles el recurso extraordinario de la defensa que había sido denegado por el H. Senado, ordenando, la Corte, el traslado a la Cámara de Diputados de la Nación.

”Por cierto, el fallo no contiene un punto II como el que sí registra el voto de los jueces Horacio Enrique Prack y Carlos Antonio Müller, de suspender el enjuiciamiento sin más ni más, es decir, incluso si interviniesen exclusivamente los senadores no recusados por la defensa. Sin embargo, el efecto suspensivo no necesariamente del procedimiento en sí, pero sí al menos de la intervención en él de aquellos jueces oportunamente recusados deriva en el caso de la mera apertura del recurso extraordinario, por lo siguiente:

”a) Por un lado, el hecho de que el recurso extraordinario haya sido declarado formalmente admisible, esto es, que se lo declare «mal denegado», rehabilita su efecto típico de suspender la resolución impugnada (CPPN, art. 442; CPCCN, art. 258, a contrario sensu). Ese efecto suspensivo se traduce en que la cuestión de la recusación — que también integró nuestro recurso — no está aún resuelta con carácter firme y que, por tanto, los señores senadores de la Nación recusados (34 senadores) no pueden intervenir en el procedimiento, ni deliberar ni dictar sentencia, en tanto dicha controversia no haya sido resuelta en definitiva por la Corte Suprema.

”[b)] Por otro lado, el propio régimen de la recusación (CPPN, arts. 55 ss.) establece la misma conclusión. Pues, en efecto, según el art. 62, a contrario sensu, los jueces recusados sólo pueden seguir interviniendo válidamente en el caso, si los hechos que se alegan fueran «manifiestamente inciertos». Ahora bien, la recusación puesta por la defensa fue rechazada por el Senado no porque los hechos denunciados fueran «manifiestamente inciertos», sino por una *interpretación jurídica* del Senado relativa a que no hay recusación contra miembros de su tribunal. Los hechos en sí *están reconocidos*. Por consiguiente, dado que ahora está abierto el recuso extraordinario y allí se plantea la imposibilidad de que intervengan en este juicio los senadores recusados, y esta cuestión, por eso mismo, está pendiente de resolución, el Senado, en su actual integración, debe suspender el procedimiento hasta tanto sea resuelto el recurso extraordinario o bien seguir adelante limitadamente con los senadores no recusados.

”Acotamos finalmente que, según el art. 62, CPPN, los actos realizados por el juez recusado son nulos, si posteriormente se hace lugar a la recusación, lo que da un argumento coadyuvante a nuestra interpretación de que el Senado debe abstenerse de dictar sentencia hasta tanto sea resuelta definitivamente nuestra recusación. Y desde ya queda planteada nuestra reserva de nulidad para el caso de que se dicte sentencia en forma contraria a lo aquí peticionado.

### ”§ 3. *Petitorio*

”Por las razones expuestas, se solicita del H. Senado que se resuelva la suspensión del procedimiento de juicio político o que se disponga, al menos, que no pueden intervenir en él aquellos jueces sobre los que pende la dilucidación del planteo de recusación. Téngase presente nuestro planteo de eventual nulidad según lo dicho en el § 2 *in fine*”<sup>93</sup>.

En esta medida, la decisión del Senado de fallar el caso *de todos modos* y sin hesitar en lo referente a las recusaciones, implicaba un alzamiento contra la decisión de la Corte Suprema.

<sup>93</sup> Texto del escrito presentado por la defensa el 28/9/2005, Sec. P, N.º 113/05, a las 9:40.

El Senado, en efecto, no trató la petición misma de ese escrito. La rechazó sin controvertir los fundamentos de nuestra petición. A cambio de ello, la senadora Fernández de Kirchner reiteró algunos de sus argumentos de la aciaga noche del 22 de junio ppdo, que ya hemos criticado. A esa altura de las cosas, ya no se trataba del acierto en sí de la recusación, sobre la cual se hallaba pendiente el recurso. El Senado ya había resuelto negativamente el planteo y todo quedaba deparado al juicio de la Corte. Lo que el Senado *sí* debía contestar era *por qué razón* podía dictar de todos modos sentencia cuando el recurso contra la decisión que había rechazado la recusación (del 22 de junio) ya había sido abierto.

La jurisdicción del tribunal así integrado estaba en tela de juicio y la Corte había decidido expedirse al respecto, por lo que la decisión de dictar sentencia definitiva de cualquier modo fue inválida, en este sentido, con prescindencia de si la defensa tenía razón o no en su planteo de recusación, visto en sí mismo.

### VIII. La falta de “tribunal independiente” en particular

En los puntos II a VII anteriores se trata de la cuestión de la garantía de imparcialidad del tribunal. Pero, en el trámite concreto de este juicio político, se dio también —como se adelantó— una violación a esa misma garantía, en el aspecto “tribunal independiente”.

En efecto, a lo menos en el bloque de senadores de la UCR se evidenció, nítidamente, en la sesión del 22/6/2005, la voluntad acordada de tomar una decisión *partidaria*, decisión que se mantuvo posteriormente, como decisión del bloque.

Veamos:

Dijo el senador Sanz (UCR, Mendoza):

“Pero como lejos, muy lejos de la intención de *nuestro bloque* está el utilizar una cuestión formal —que hasta podría ser una duda— para obstaculizar o dilatar este proceso y dado que también *nuestro bloque tiene posición tomada, al menos, respecto de algunas cuestiones que debemos resolver hoy...*”<sup>94</sup>.

De su lado, dijo el senador Prades (UCR, Santa Cruz):

“Trataré de ser breve y solicito que se inserte el *contenido argumental que utilicé en la oportunidad del juicio público al doctor Moliné O’Connor...*

[...]

En primer lugar, *quiero agradecer al bloque de la Unión Cívica Radical que me ha autorizado expresamente a disentir en un aspecto de la cuestión que hoy vamos a resolver, que es el de la suspensión del juez de la Corte imputado y bajo proceso de juicio político ante este alto cuerpo*”<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Senador Sanz. Cámara de Senadores de la Nación, 20.<sup>a</sup> Reunión, 6.<sup>o</sup> Sesión en tribunal, 22/6/2005 (Juicio político al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano), versión taquigráfica provisional acompañada a la notificación de las resoluciones aquí recurridas, p. 52. (énfasis agregado).

<sup>95</sup> Senador Prades, *idem*, pp. 81/82 (énfasis agregado).



Debemos decir que, en aquella sesión, el senador Prades fundamentó la inconstitucionalidad de la suspensión, al igual que lo hizo con sólidos fundamentos la señora senadora Escudero<sup>96</sup>. Pero de lo que ahora se trata es de la cuestión de que *un número indeterminado de senadores tomó determinada posición en el juicio, porque el bloque partidario lo decidió de ese modo*.

No conocemos los motivos que llevaron a esos senadores de la Unión Cívica Radical a adoptar tal criterio y mudar el que habían sostenido en el juicio al ex - juez Moliné O'Connor, criterio que, tal como dijo el senador Prades, fue diferente en aquel caso. ¿Cómo conocer las intenciones últimas detrás de la decisión? No hemos tenido acceso a la discusión partidaria en el bloque y en consecuencia desconocemos también de qué modo se llegó a formar criterio, al igual que desconocemos si las autoridades partidarias que no son senadores influyeron o no en ello. No debemos caer en lo que cayó la acusación al atribuir “otras motivaciones” a los votos del juez Boggiano, “motivaciones distintas” que nunca fueron precisadas ni concretadas. *No*, no sabemos *qué* ocurrió, por lo mismo que se trata de una sentencia que carece de fundamentación, lo que motiva un agravio particular de este recurso.

Pero, comoquiera que haya sido, el voto en *bloque partidario* viola el derecho a una sentencia *justa*, emanada de un tribunal *independiente* —además de *imparcial*, pues, aunque ambas nociones son próximas, se distinguen—, en el que cada integrante emite su voto según una convicción personal, a la que ha arribado luego de atender a los *hechos*, el *derecho* y las *razones* alegadas por la acusación y por la defensa. Aquí reside, pues, una lesión autónoma al art. 8, párr. 1, CADH —distinta a la que dio motivo a la recusación de los senadores que no satisficieran el estándar objetivo de imparcialidad, y que informa los puntos anteriores—, por la sencilla razón de que también hubo senadores que *no* votaron de modo *independiente*.

Para que no quede duda alguna acerca de que varios senadores votaron en *bloque partidario*, nos permitiremos transcribir algunas expresiones que se vertieron en el debate posterior a la presentación oral que efectuó la defensa, es decir, en aquella misma sesión del 22/6/2005 (pues la deliberación de la sentencia definitiva es secreta, y la sentencia carece de fundamentos):

Así, en varias oportunidades, reiteró el senador Sanz (UCR, Mendoza), sin que ningún senador miembro del Partido al que aquél pertenece lo desmintiera:

“En cuanto al fondo de la cuestión, *nuestro bloque votará afirmativamente los dos proyectos de resolución que han sido esbozados* [incluía el proyecto de resolución que ordenó la suspensión del Juez Boggiano y el rechazo de las excepciones previas].

”Por estos argumentos, *desde nuestro bloque vamos a votar, con la salvedad hecha por el señor senador Prades, en cuanto a su voto particular*, ambos proyectos de resolución en forma afirmativa”<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Senadora Escudero, *idem*, pp. 69/70.

<sup>97</sup> Senador Sanz, *idem*, pp. 76/7 (énfasis agregado).

Pues bien, el vicio anidado al momento de la decisión cautelar de “suspensión” (aún apelada ante la Corte, por nuestro anterior recurso extraordinario), invalida el juicio justo, porque demuestra que ya durante el proceso el acusado carecía de jueces independientes. Preguntado a modo de ejemplo: la decisión de suspender al juez Boggiano, en el caso de los senadores de la UCR, ¿emanó de las “autoridades del bloque”, de las “autoridades partidarias”, de algunos “líderes del partido” a quienes siguieron los demás por *disciplina partidaria*? ¿Así lo hicieron los senadores de ese partido aunque no estuvieran convencidos de la constitucionalidad, la razonabilidad y la justicia en el caso concreto de la suspensión del juez de la Corte Suprema, como no lo estuvieron por *motivos constitucionales*, en ocasión de tratarse la suspensión del doctor Moliné O’Connor?

Tal vez la transcripción que efectuaremos a continuación ayude a comprender el sentido y alcance que se atribuyen a las expresiones “*político*” y “*no jurídico*”, que pretenden describir y calificar al juicio público de responsabilidad reglado por los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional.

Dijo el senador Sanz:

“Digo que me preocupa, porque yo no reniego de mi condición de abogado. Pero creo que los abogados debemos tener presente que *no podemos hacer de este juicio político solamente una cuestión jurídica*, que esté exclusivamente al alcance de los abogados, por respeto a nosotros mismos, por respeto a los demás integrantes de este cuerpo que no lo son y porque, en definitiva, si no lo hiciéramos, me parece que estaríamos desvirtuando algo que es tan simple, tan sencillo y tan elemental como que *éste es un juicio político que se sustancia en un ámbito político y que, por lo tanto, puede tener normas de procedimiento o puede estar dotado de juridicidad, como aquí se ha señalado. Tengamos cuidado, porque nunca la juridicidad puede reemplazar a la política en la resolución de esto que es un juicio político*”<sup>98</sup>.

Resulta a lo menos sorprendente que en una de las cámaras legislativas de la Nación se desestime la *juridicidad* que debe presidir no sólo el enjuiciamiento político de un magistrado de la Corte Suprema, sino todos y cada uno de los actos de los poderes públicos en un Estado de Derecho, que constituye, como lo dijimos en nuestra defensa escrita, un Estado de razón, es decir, de reglas razonables a la que todos, poseedores y destinatarios del poder, debemos sujetarnos.

Pero si esa teoría esbozada por el señor senador Sanz resulta incompatible con el Estado de Derecho, resulta más alarmante aplicada a un proceso que —no lo decimos nosotros, sino la antigua doctrina de la Corte Suprema, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— debe ser presidido por un *tribunal independiente* de indicaciones, sugerencias o directivas *político-partidarias*, o influencias de cualquier tipo.

Por consiguiente, no sólo se hallaba violada la garantía del tribunal imparcial, sino también la de un tribunal formado por jueces individualmente independien-

<sup>98</sup> Senador Sanz, *ídem*, p. 75 (énfasis agregado).

tes, que para cada una de las cuestiones se hubieran sentido vinculados tan sólo por su conciencia y leal saber y entender.

## IX. Conclusiones

Todo el trámite del juicio seguido contra el juez Antonio Boggiano y la sentencia condenatoria dictada por el Senado el 28/9/2005 (DR-1128/05) fueron violatorios de la *garantía del tribunal independiente e imparcial*, asegurada por el art. 8, párr. 1, CADH, art. 75, inc. 22, CN, lo que la Corte así debe declarar, en seguimiento de la doctrina sentada por el alto tribunal en la causa “Llerena” y de la restante doctrina y jurisprudencia internacional vigente en la materia.

### § 6. Infracción a las reglas válidas para determinar el quórum, y sus efectos sobre la invalidez de los actos ulteriores del proceso

El presente agravio se refiere *a la forma* en que fue decidida (conformado el quórum y votada), en la sesión del 22/6/2005, la cuestión de la recusación; tal agravio fue introducido en el recurso extraordinario anterior de la defensa<sup>99</sup>. Pero, si tal agravio es reconocido como tal, en su procedencia formal y en su razón sustancial, entonces, las consecuencias de la nulidad de las resoluciones ya oportunamente apeladas en recurso extraordinario (Resolución DR-JP-[B]-6/05 y contra la Resolución DR-JP-[B]-7/05), proyectaría efectos sobre el trámite ulterior de juicio político indebidamente seguido contra el juez Boggiano, con lo que la sentencia definitiva, por ende, también devendría nula *ya por esta razón*.

Si bien tal *nulidad sobre actos ulteriores* se podría entender implícita como consecuencia de nuestro recurso extraordinario anterior, de todos modos la defensa se ve obligada a mantener esta cuestión tras la sentencia definitiva, para no suscitar la errada impresión de que hubiera renunciado a este agravio, al no reproducirlo contra la sentencia definitiva. Sólo en este sentido se reproduce seguidamente la argumentación relativa a la infracción de las reglas válidas para determinar el quórum, infracción que siguió teniendo efecto en el proceso, toda vez que los senadores cuya intervención se impugnó por recusación, siguieron interviniendo en todas las decisiones intermedias, hasta llegar a la sentencia destitutoria.

#### I. Infracción al art. 64 de la Constitución Nacional en conexión con el art. 212 del Reglamento Interno de la Cámara

Se trata, en efecto, de una cuestión relacionada con la de la recusación, pero completamente *autónoma*; una cuestión que importa una infracción al art. 64 de la Constitución Nacional, según la reglamentación que de él hace el art. 212 del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores de la Nación, en conexión con el art. 61, CPPN, aplicable supletoriamente.

---

<sup>99</sup> Recurso extraordinario de la defensa del juez Boggiano contra las resoluciones del Senado dictadas el 22/6/2005, § 4.

De la conexión de esos dos últimos preceptos resulta que las 34 recusaciones planteadas, al basarse todas en una causa común que afectaba por igual a cada uno de todos los 34 senadores recusados, debió ser resuelta, ya ab initio (el 22/6/2005) *por el resto* de los senadores que justamente no estuvieran alcanzados por el planteo de recusación.

Ello se deriva del art. 61, CPPN, que impone que si el juez recusado no admite la causal de recusación, el escrito debe ser remitido al *tribunal competente*, a fin de que resuelva el incidente. En este tribunal “competente”, sin embargo, *no interviene el juez recusado*.

En otras palabras, en el curso del tratamiento de la recusación a los integrantes del Senado reunido en tribunal —aquellos 34 ya señalados por esta defensa—, tales miembros no podían votar por su propia recusación, *ni* por la de *cada uno de los demás* miembros igualmente recusados, por lo que ella debía ser resuelta *por los restantes integrantes del cuerpo, no recusados*. Concretamente debían abstenerse de votar la recusación, según lo previsto por el art. 61, CPPN, de aplicación subsidiaria. Tal circunstancia, en cuanto a los efectos que provoca la abstención de cualquier integrante del H. Senado, se encuentra reglada por el art. 212 del Reglamento Interno, que en lo pertinente dispone lo siguiente:

“... El voto será por la afirmativa o por la negativa. El senador presente, con autorización del Cuerpo, puede abstenerse de votar. En este caso el cálculo del quórum y el cómputo de la votación, se hará sobre la cantidad de votos que se emitan ...”.

Como puede advertirse, la consecuencia de la disposición reglamentaria transcrita provoca, como efecto de la abstención, que, a los efectos del quórum, no pueda computarse la presencia de los senadores que no emitan su voto positivo o negativo. Y a su vez el art. 61, CPPN, hace *obligatoria la abstención*. Por tanto, al momento de decidirse la recusación en cuestión se hallaban presentes veintidós (22) senadores que *no podían ser computados a los efectos de la formación del quórum*; por ende, en virtud de aquella disposición reglamentaria (art. 212), en lugar de cuarenta y nueve (49) miembros presentes (en la sesión del día 22/6/2005), sólo podían ser computados, a efectos de establecer el quórum, veintisiete (27) integrantes del H. Senado, diez (10) menos de los treinta y siete (37) requeridos por el art. 16 del mismo reglamento interno, en consonancia con el art. 64 de la Constitución Nacional.

Esta no es una cuestión que haya pasado *inadvertida* en el curso del tratamiento de la recusación por parte del H. Senado, constituido en Tribunal de Juicio Político. A ella se refirió en primer término, en aquella sesión del 22/6/2005, la señora senadora Negre de Alonso, cuando dijo:

“...Y justamente aquellos que somos objeto de la recusación no votamos y cuando el Doctor Moliné O’Connor recusó a la señora senadora Fernández de Kirchner porque era esposa del Presidente de la Nación, tampoco votó ella ... De modo que creo

que aquellos senadores que no son objeto de recusación son quienes tienen que analizar nuestra situación y votar si aceptan la recusación o no. ...”<sup>100</sup>.

## II. Las estrategias ensayadas para eludir la prescripción reglamentaria

Poco después, en aquella sesión del 22/6/2005, la senadora Vilma Ibarra diría:

“... quiero sí contestar el argumento de quiénes pueden votar una recusación. Esta recusación, planteada en estos términos, no es una recusación en términos subjetivos o personales... Esta es una recusación institucional hecha con una sola vocación: desintegrar un cuerpo constitucionalmente integrado, motivo por el cual no hay ninguna posibilidad para que se vaya contestando individualmente, de a uno por vez. Sobre mi recusación yo no hablo. Esta es una recusación institucional por nuestra acción institucional. Ellos mismos admiten en la Defensa que podría haber sido pasible todo el Senado, sin importar como votó cada uno, motivo por el cual corresponde rechazar *in limine* porque lo que estamos defendiendo es que funcione una institución constitucional. Hemos jurado defender la Constitución y ésta tiene integrado al Senado como tribunal de enjuiciamiento para casos de juicios políticos. De esto se trata y no de recusaciones personales en las cuales cabría el argumento de la señora senadora preopinante, a fin de que cada uno diga «en lo que hace a mi recusación yo no intervengo»...”<sup>101</sup>.

La senadora Ibarra olvidaba así que el juramento por defender la Constitución incluye el respeto *al art. 75, inc. 22, CN*, es decir, también el respeto *al art. 8, párr. 1, CADH*, y la recusación a los treinta y cuatro senadores que votaron por la destitución del ex - juez Moliné O’Connor estaba fundada en las razones ampliamente desarrolladas al formular la defensa del juez Boggiano, en la garantía del “tribunal independiente” del *art. 8, párr. 1, CADH*, con minuciosa cita de la jurisprudencia internacional pertinente; por ello, no guarda relación con una “desintegración” del tribunal, sino *con las garantías del acusado*. El tribunal podría sesionar una vez que estuviera integrado por suficientes jueces no contaminados, p. ej., en diciembre próximo.

Por lo demás, también es erróneo el argumento del senador Yoma, dado en aquella sesión del 22/6/2005 para burlar la previsión del *art. 212 del Reglamento Interno*. Él decía:

“... se plantea una discusión con respecto a si los jueces recusados estamos habilitados para votar sobre nuestra propia recusación. La verdad es que en esto quiero aportar, si es útil, la experiencia que tenemos en el Consejo de la Magistratura, donde las recusaciones son moneda corriente: nosotros damos quórum pero no votamos, con lo cual las mayorías se forman nada más que con los que votan. No se afecta el funcionamiento del cuerpo y del Tribunal; ahora, en este caso puede votarse —no estoy manifestando una posición sino aportando una idea— sin afectar para nada el hecho

<sup>100</sup>Senadora Negre de Alonso, , Cámara de Senadores de la Nación, 20.<sup>a</sup> Reunión, 6.<sup>a</sup> Sesión en tribunal, 22/6/2005 (Juicio político al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Boggiano), p. 53 de la versión taquigráfica provisional acompañada a la notificación de las resoluciones dictadas el 22/6/2005, p. 64 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 514). p. 55

<sup>101</sup>Senadora Ibarra, *ídem* (22/6/005), p. 66 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 517).

de que sean dos, tres, cinco o diez los que lo hagan. Las mayorías se cuentan con los que votan, pero ya hubo quórum...”<sup>102</sup>.

Las expresiones del senador Yoma ponen de manifiesto la ilegitimidad del procedimiento que en definitiva siguió el tribunal en este sentido, pues, al parecer, la disposición del Reglamento del Consejo de la Magistratura es diametralmente opuesta a la del Reglamento Interno del Senado, cuando se afirma “...nosotros damos quórum pero no votamos...”. Pues, por la citada disposición del art. 212 del Reglamento Interno del Senado, quien *no vota* (abstención) *no da quórum*, demostrándose así como el rechazo de las recusaciones está afectado de nulidad por falta del número mínimo de miembros del tribunal necesarios, constitucional y reglamentariamente, para adoptar la decisión.

Ello resulta ratificado por el senador Yoma cuando aclara, más adelante:

“... Señor Presidente: quiero aclarar el sentido de mi voto. No voy a votar mi propia recusación, lo que no quiere decir que no vote la recusación de mis pares. A eso me refería cuando propuse esta mecánica similar a la del Consejo de la Magistratura. Quizás sea redundante plantearlo, pero lo quiero aclarar...”<sup>103</sup>.

La misma aclaración —errada, en su contenido— que el senador Yoma, realizaría el senador Guinle, cuando dijo:

“En el mismo sentido del senador Yoma, pese a que fue aclarado el sentido de la oposición a la recusación en masa, como se había hecho, considero prudente dejar salvado el sentido de voto en cuanto a que en este caso no estoy votando mi propia recusación, sino el resto de las recusaciones y creo que es bueno asentarlos”<sup>104</sup>.

### III. Conclusiones

Nos hemos permitido realizar las transcripciones textuales de las expresiones de las señoras senadoras y de los señores senadores mencionados, en lo que se refiere al sentido de este voto, con el que pretendieron *eludir la previsión reglamentaria*, pues dicen que votaron rechazando las recusaciones *dirigidas al resto* de los miembros y *no votaron en la propia*.

Pero este circunloquio *no* estaba a su alcance. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “*abstenerse*”, sin dejar lugar a dudas sobre su significado: “*No participar en algo a que se tiene derecho, p. ej. en una votación...*”. Entonces, si cada senador afectado no votó sobre su propia recusación existieron, como lo expresamos al comienzo, veintidós (22) abstenciones sobre un total de cuarenta y nueve (49) senadores presentes al momento de ser votado el rechazo de las recusaciones, que, dicho sea de paso, se realizó por una votación única, de modo que no había modo de “desdoblar a cada abstención” por sí y por los restantes. Por lo demás, lo relevante no es que el sujeto del caso haya dicho de modo explícito “me abstengo en mi caso y voto respecto

<sup>102</sup>Senador Yoma, *ídem* (22/6/005), p. 71 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 522 s.).

<sup>103</sup>Senador Yoma, *ídem* (22/6/005), p. 82/3 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 535).

<sup>104</sup>Senador Guinle, *ídem* (22/6/005), p. 83 (v. GELLI / SANCINETTI, loc. cit., p. 536).

de los demás casos”, sino que *normativamente* debe ser dejado de lado, como “abstencionista”, por la proscripción jurídica de que interviniera en la resolución de su caso y *en el de los restantes*, decayendo así el quórum.

En tales condiciones, al no poder ser contadas las abstenciones a los efectos del *quórum* (art. 212 del Reglamento Interno), la decisión se tomó sólo con la presencia de veintisiete 27 integrantes del cuerpo habilitados para votar, según la previsión del cit. art. 212 del Reglamento Interno, o sea, lisa y llanamente: *sin quórum*, lo que convertía en ilegítima a la Resolución DR-JP-(B)-6/05, al contrariar la disposición del art. 64 de la Constitución Nacional. Con ello, se trasladaba la ilegitimidad de esa resolución, a la de la subsiguiente Resolución DR-JP-(B)-7/05, también del 22/6/2005. Pero, asimismo, de tal modo se trasladó la invalidez al trámite ulterior del juicio, concluido con la sentencia destitutoria aquí recurrida como definitiva, DR-1128/05.

## § 7. Nulidad de la sentencia por afectación al principio de “cosa juzgada” y por nulidad específica de ciertos cargos de la acusación

### I. Planteo de la cuestión

#### A) La situación al tiempo del recurso extraordinario precedente

En el anterior recurso extraordinario de la defensa<sup>105</sup>, se atacó también la resolución dictada el 22/6/2005 (Resolución DR-JP-[B]-7/05), en razón de que, más allá de las demás lesiones a los derechos del acusado, se dejó de considerar—diferiendo la cuestión al final del juicio— las excepciones previas de *cosa juzgada parcial* (cosa juzgada sobre ciertos cargos específicos) y *nulidad parcial* (nulidad de ciertos cargos específicos), que la defensa había articulado en su Escrito de Defensa<sup>106</sup>.

En el referido recurso extraordinario previo, se hallaba en juego la impugnación al art. 5.º de aquella resolución, que decía:

“**Artículo 5.º.** Diferir el tratamiento de los planteos de excepción parcial de cosa juzgada y de nulidad parcial de la acusación hasta el momento en que este H. Senado dicte sentencia definitiva por tratarse de cuestiones vinculadas al asunto de fondo”.

La falta de tratamiento oportuno de estas dos excepciones causaba un agravio irreparable al acusado, por distintas razones, explicadas en aquel recurso:

a) en primer lugar, en razón de que respecto de los cargos de la acusación alcanzados por esas excepciones, se mandaba seguir adelante con el procedimiento, a pesar de que la procedencia de tales excepciones impedía *admitir ya la*

<sup>105</sup>Recurso extraordinario de la defensa del juez Boggiano contra las resoluciones del Senado dictadas el 22/6/2005, § 6.

<sup>106</sup>Véase “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo III (Excepción parcial de “cosa juzgada”), pp. 103/113, y Capítulo IV (Nulidad parcial de la acusación), pp. 115/134. Véase también GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 175/190 y 191/220.

mera acusación a juicio, respecto de los cargos alcanzados por las excepciones, en un caso por una extensión del principio de proscripción de la doble persecución penal, en otro por vicios que afectaban a distintos cargos;

b) en segundo lugar, en razón de que la decisión de “suspensión”, tomada en la misma Resolución DR-JP-(B)-7/05, art. 6.º, más allá del vicio *per se* que la afectaba según la pretensión principal de aquel recurso<sup>107</sup>, fue tomada sobre la base de un supuesto “juicio de mérito” sobre los cargos, a pesar de que los cargos afectados por las excepciones parciales tenían que ser excluidos *de todo* “juicio de mérito” posible, por lo que el art. 5.º incidía también sobre la invalidez del art. 6.º, con prescindencia de los vicios que afectaban de por sí a la decisión de suspensión.

### **B) La decisión tardía y arbitraria de la Res. DR-JP-(B)-14/05**

Al momento de llegarse a la sentencia definitiva (28/9/2005), el Senado, antes de pasar a deliberar y poner a votación los cargos, dictó una resolución (DR-JP-[B]-14/05), mediante la cual rechazó nuestro planteo de cosa juzgada parcial y nulidad parcial de ciertos cargos, sin ningún fundamento (art. 1.º de dicha resolución). Se trata de la misma resolución por cuyo art. 2.º se rechazó la petición de la defensa de suspender el procedimiento hasta tanto fuese resuelto el recurso extraordinario a ese día ya concedido por la Corte, y por cuyo art. 3.º se rechazó el pedido de que, si se seguía adelante, se abstuvieran de intervenir los senadores recusados.

El art. 1.º de dicha Resolución DR-JP-(B)-14/05 dice así:

“**Artículo 1.º.** Rechazar los planteos de excepción parcial de cosa juzgada y de nulidad parcial de la acusación solicitadas por la Defensa mediante el Expediente N.º P-55/05” (se identifica como “expediente”, con esa numeración, a los planteos de cosa juzgada parcial y nulidad parcial, insertos en el Escrito de Defensa).

Tal decisión del Senado, de rechazar planteos que insumieron una larga fundamentación de la defensa, se basó tan sólo en el siguiente “fundamento” (para denominar aquí generosamente lo que dice el siguiente párrafo):

**“FUNDAMENTOS**

”Señor Presidente:  
 ”Mediante el presente proyecto se propone rechazar los planteos de excepción parcial de cosa juzgada y de nulidad parcial de la acusación solicitadas por la Defensa mediante el expediente P. 55/05. El tratamiento de estas cuestiones se difirió hasta el momento del dictado de la sentencia (DR-JP-[B] 7/05, art. 5), correspondiendo entonces que ahora este Cuerpo proceda a su rechazo ya que los argumentos brindados por la Defensa no alcanzan para sostener el planteo intentado.”

<sup>107</sup>Al cuestionar la “facultad de *suspensión*”, por inconstitucional, y —subsidiariamente—, al tachar de irrazonable el ejercicio de la facultad, en el supuesto caso de que se interpretara que el Senado estuviese investido de tal poder (véase dicho recurso, esp. § 7).



Tal decisión del art. 1.º, con ese “fundamento”, dejó expedita la vía (junto con los rechazos de los arts. 2.º y 3.º de esa misma resolución) para pasar a deliberar y votar los cargos de la acusación, y dictar sentencia definitiva. Mas, si se da la razón a la defensa en el sentido de que había cosa juzgada parcial y nulidad de ciertos cargos de la acusación, el pasar a dictar sentencia definitiva sobre *todos* los cargos, en virtud de la Resolución inmediatamente anterior: DR-JP-(B)-14/05 (del mismo 28/9/2005), violaba el principio de la cosa juzgada y la garantía de ser juzgado según una acusación válida (art. 18, CN, con las especificaciones que se detallan en los puntos siguientes).

### C) Subsistencia de agravio concreto

A primera vista, de tales dos grupos de excepciones previas, el rechazo de la *cosa juzgada parcial* habría devenido *abstracto* en razón de que los cargos de la acusación contra los cuales se había opuesto tal excepción (todos los cargos del caso “Macri” y los cargos 1 y 3 del caso “Dragonetti de Román”) fueron de todos modos rechazados en la sentencia condenatoria, como causales de mal desempeño, es decir, como sustento de una acusación. Dicho brevemente: *el acusado fue absuelto en esa medida*. Al parecer, entonces, sólo subsistiría un agravio concreto respecto de la nulidad parcial, que sí incluía cargos de la causa “Meller”.

Sin embargo, esa apariencia (de carácter concreto del agravio sólo con relación a la nulidad parcial) es *engañosa*.

Pues el seguir adelante con el juicio también respecto de los cargos sobre los que había cosa juzgada, cuando debieron ser rechazados *in limine*, le produjo al acusado menoscabos serios a sus derechos.

Esto puede ser explicado por contraposición a lo que habría ocurrido si se hubiera resuelto la cuestión *ab initio* —como correspondía— y correctamente —haciendo lugar a la excepción—. Se trata de al menos *tres* argumentos:

1) Si ése hubiera sido el caso, en efecto, el acusado no habría tenido que seguir organizando su defensa respecto *de todos* los cargos, como sí tuvo que hacer, pues en sus alegatos debió referirse por completo a los tres grandes casos implicados en la causa (“Meller”, “Macri” y “Dragonetti de Román”), lo que obligaba a la defensa a esfuerzos de combate que no habrían hecho falta si la cuestión hubiera sido resuelta en forma oportuna y conforme a derecho (y habría podido concentrarse exclusivamente en la causa por la que en definitiva fue condenado el acusado).

2) Pero, muy por encima de ello, se halla la cuestión de que si el juicio se hubiera limitado *ab initio* al caso “Meller” (o a los cargos de este caso + *un solo* cargo de “Dragonetti de Román”) esto habría tenido un sensible efecto sobre la opinión pública: se habría herido la falsa representación de que la acusación habría debido ser correcta, que acompañó al juicio de la mano de la prensa oficialista; y todo ello habría elevado las chances de que la opinión pública no fuera encandilada con la sostenida campaña de descrédito que afectó al acusado, lo que

a su vez habría mejorado sus chances de ser absuelto también por los infundados cargos del caso “Meller”.

3) Por último, el juez Boggiano debió soportar indebidamente que se pusiera a votación un supuesto mal comportamiento suyo como magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 7 cargos que no debieron ser puestos a votación (los 5 cargos del caso “Macri” y los cargos 1 y 3 del caso “Dragonetti de Román”), por el que incluso recibió, de modo antijurídico (pues no se debía abrir a votación ese grupo de cargos), *numerosos votos destitutorios que causaron grave daño moral al acusado*: 7 votos (“Macri”, cargo 1), 6 votos (“Macri”, cargo 2), 17 votos (“Macri”, cargo 3), 10 votos (“Macri”, cargo 4), 9 votos (“Macri”, cargo 5), 6 votos (“Dragonetti de Román”, cargo 1), y 3 votos (“Dragonetti de Román”, cargo 3).

Tales son las razones que demuestran que el agravio subsiste como agravio *concreto*: las razones 1 y 2, por quedar afectado el *fair trial* (debido proceso); la razón expresada en 3, por haberse inferido un daño moral efectivo, sin ningún derecho.

En lo que se refiere a la nulidad de determinados cargos (nulidad parcial de la acusación), el agravio es subsistente ya por el hecho de que los cargos 2, 5 y 6 del caso “Meller” reunieron 42, 41 y 40 votos destitutorios, que, computados sobre 56 senadores presentes (más allá de la invalidez de que puedan estar “ausentes con aviso” senadores sobre los que no pesaban causas de fuerza mayor [al respecto, v. *infra*, § 11]), implicaban dos tercios. Y el hecho de que hubiera otros 3 cargos no tachados de nulos en forma parcial para el caso “Meller” no le quita relevancia a la nulidad de aquellos otros cargos: por un lado, porque ellos *pueden haber incidido al ser puesta a votación la pena accesoria* (no se lo sabe *de hecho*, ya por el hecho de que la sentencia carece de fundamentación, lo que irroga un agravio autónomo contra toda la sentencia [v. *infra*, § 9]), por otro, porque los otros cargos de la causa “Meller” también serán discutidos aquí por razones autónomas, y, por último, porque valen para todos los casos las razones invocadas supra, bajo números 1, 2 y 3.

Respecto de *los demás* cargos tachados de nulos de las causa “Macri” y “Dragonetti de Román” (1, 2, 3, 4 y 5 de “Macri” y 3 de “Dragonetti de Román”), valen asimismo las razones antes expresadas bajo 1, 2 y 3.

Dicho ahora brevemente: si hubiera sido reducida la acusación a decir, tal como era el saldo real de la imputación: se lo acusa de no abrir un recurso de queja, se habría puesto enteramente de manifiesto la farsa del juicio, y el público consumidor de gestos de gobierno para los sufragios próximos y ulteriores, no habría aceptado una condena. El abultamiento de los cargos por diferentes vías, pues, coadyuvaba en sí al progreso de una destitución, cualquiera que fuese luego el motivo que se citase para tal resultado.

## II. Razones que fundan las dos excepciones parciales

Las dos excepciones parciales, no tratadas por el Senado, y que eran de consideración previa obligatoria, pueden ser explicadas brevemente del siguiente modo.

### A) Cosa juzgada respecto de ciertos cargos

La primera de estas dos excepciones es —como se dijo— la de *cosa juzgada parcial*, que se da respecto de los cargos derivados de la causa “Macri” y dos de los cargos derivados de la causa “Dragonetti de Román”.

El argumento central es el siguiente. En el así llamado “primer juicio”, fue incluido el mismo caso “Macri” y, además, el caso “Magariños”, caso éste que en dos de los cargos es igual al caso “Dragonetti de Román”, en la medida en que se refieren por igual a la supuesta ilicitud que los acusadores veían en la *Acordada de la Corte Suprema* que había decretado que las facultades disciplinarias sobre magistrados seguían vigentes aun después de la creación del Consejo de la Magistratura.

En suma, y tal como se explica en nuestro “Escrito de Defensa”, de los 3 cargos de “Dragonetti de Román”, 2 están alcanzados por esta excepción, al igual que lo están todos los cargos del caso Macri<sup>108</sup>.

¿Por qué había *cosa juzgada* respecto de *esos* cargos, es decir, una *cosa juzgada parcial*?

Precisamente porque el ejercicio de facultades disciplinarias mediante aquella Acordada (“Dragonetti de Román”) y la declaración de inadmisibilidad de un recurso por el art. 280 en el caso “Macri” ya habían sido rechazados por el H. Senado como causales de destitución en el “primer juicio”. Dicho de otro modo: tales objetos de imputación fueron llevados a consideración del tribunal y el tribunal declaró que *no constituían causal de mal desempeño*. En tal medida, y antes de considerar el fondo del asunto, dejando de lado ahora la pretensión principal de *Nulidad de la acusación en su total alcance*, no se podía proceder a admitir la acusación a juicio sin tratar nuestra excepción de cosa juzgada parcial, declarando la falta de acción de la Cámara de Diputados, respecto de los cargos incluidos en dicha excepción de cosa juzgada (art. 339, inc. 2, CPPN). Del mismo modo, tampoco se podía proceder a poner los cargos a votación, por idénticas razones.

Por cierto, señaló la propia defensa que, en contra de su pretensión de cosa juzgada, se podía objetar —a primera vista con razón— que la cosa juzgada no era procedente por falta de identidad *subjetiva*, es decir, porque el juez Boggiano *no fue parte del “primer juicio”*. Esta es la posición tradicional de una parte de la doctrina. Un procesalista de relieve en nuestro país, como JULIO MAIER<sup>109</sup>, posiblemente hablaría en contra de nuestra excepción en este caso, porque falta-

<sup>108</sup>Véase “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo III, “Excepción parcial de «cosa juzgada»”, pp. 103/113; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 175/190.

<sup>109</sup>JULIO B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, *Fundamentos*, 1996, pp. 604/5. Véase Escrito de Defensa, pp. 109/110.

ría la identidad de *sujetos*, que el estimado maestro JULIO MAIER considera necesaria para el progreso de esta excepción.

Pero la interpretación de MAIER en este punto **no** es *en absoluto* correcta: no lo es ya como visión *teórica* del problema, pero mucho menos lo es en relación con el derecho *positivo* argentino, porque el CPPN prevé expresamente lo contrario en el art. 479, inc. 1.

En el plano doctrinal, hay autores clásicos y modernos de *Derecho Procesal Penal* que dicen lo contrario a lo que dice MAIER, y *con razón*. VINCENZO MANZINI<sup>110</sup>, entre los clásicos, o RAINER ZACZYK<sup>111</sup>, entre los modernos, están en favor de la doctrina de que *la absolución por razones objetivas beneficia a todos los copartícipes de una imputación posible, aunque no hayan sido parte en el juicio*. ZACZYK da este ejemplo: si Fulano es juzgado por robar una cosa, y es absuelto —p. ej., porque *no cometió el hecho*—, esta sentencia también hace cosa juzgada en favor de Mengano, si el Ministerio Público quiere acusarlo luego “por receptación” de aquella cosa, bajo la imputación de que él *le compró la cosa robada a aquel mismo Fulano*, que ya una sentencia consideró que *no fue autor del robo*. Porque los hechos de cualquier sentencia penal irrevocable que impliquen la inocencia de otro sujeto que no fue acusado, son determinantes también respecto de este otro sujeto que no fue parte. Esa es la solución del Código Procesal Penal de la Nación en el art. 479, inc. 1, CPPN, lo que marca que la posición de MAIER, *en esta medida*, encierra una interpretación *contra legem*, de modo que quien quisiera aceptarla en el plano doctrinal —*mal*, de todos modos, porque *no* es correcta—, al menos no podría defenderla en el plano *legal*.

Dése aquí un nuevo ejemplo: si un funcionario público es acusado de haber aceptado una dádiva, y se dice que la recibió de Perengano (prófugo, de hecho, durante el juicio), y el funcionario en sí es absuelto por *no haber recibido la dádiva*, esta decisión hace cosa juzgada no sólo en su favor, sino, también, en el de Perengano (por más ausente que estuviese en aquel primer juicio).

En nuestro escrito de defensa citamos precedentes jurisprudenciales muy claros en favor de nuestra posición: uno de la Corte Suprema de los años '70 (del caso “*Rolando Maffi Dodds*”<sup>112</sup>) y otro de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, éste relativamente reciente, en la causa “*Jorge Luis Gramajo*”, de 1996<sup>113</sup>. Ambos dicen que cuando una acción penal es rechazada por razones que serían válidas *también para otros copartícipes* —p. ej., porque no fue cometido el hecho que pretende el acusador—, *la sentencia absolutoria no sólo beneficia a*

<sup>110</sup>VINCENZO MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, 1996, t. IV, p. 530. Véase Escrito de Defensa, p. 110; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 186.

<sup>111</sup>RAINER ZACZYK, *Bindungswirkung eines rechtskräftigen Strafurteils für das materielle Strafrecht [Efectos vinculantes de una sentencia penal firme para el Derecho penal material]*, “GA”, 1988, pp. 356 ss. Véase Escrito de Defensa, p. 110/1; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 186/7.

<sup>112</sup>“Fallos 295:125”, v. Escrito de Defensa, pp. 111/2; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 187/8.

<sup>113</sup>Cám. Crimen de la Capital, Sala V, sent. del 7/11/2000, v. Escrito de Defensa, p. 112 cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 188/9.

*aquel sujeto que fue acusado en ese juicio, sino también a cualquier otro que el Estado quisiera perseguir penalmente en un juicio posterior.*

Por consiguiente, si el tribunal no hacía lugar a la excepción de *Nulidad de la acusación en su total alcance* —como correspondía—, en cualquier caso debía hacer lugar a la excepción de “cosa juzgada” respecto de todos los cargos del caso “Macri” y los cargos 1 y 3 de la causa “Dragonetti de Román”.

A cambio de ello, el Senado se negó a resolver la cuestión en la sesión del 22/6/2005, y más tarde, el 28/9/2005, rechazó la excepción porque “los argumentos brindados por la Defensa no alcanzan para sostener el planteo intentado”. Pero no se ofreció la menor demostración de por qué serían insuficientes nuestros fundamentos, cuando la defensa se apoyaba en precedentes judiciales explícitos, uno de ellos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### **B) Nulidad de la acusación respecto de ciertos cargos**

La otra excepción parcial está constituida por la tacha de nulidad, ahora *no de toda* la acusación, sino de *algunos* de los cargos en particular, por la forma en que estaban configurados en el Escrito de Acusación.

A este respecto, incluimos en nuestro escrito diversos vicios<sup>114</sup>.

*a)* Un vicio se refería a la *ampliación de cargos* en el “segundo juicio”, respecto del primero, vicio que derivaba ya del fraccionamiento indebido de la acusación. El argumento consiste en lo siguiente: quien no quisiera declarar nulo por completo este procedimiento —como en derecho correspondía, por el fraccionamiento indebido de una acusación que debió ser única—, al menos sí tenía que declarar contrario al *fair trial* que los acusadores, por una misma causa, p. ej., “Macri”, hayan incluido en la segunda acusación, por el mismo hecho, *más cargos* de los que habían incluido en la acusación del “primer juicio”. Pues ello intensificaría el vicio de fraccionar deslealmente la acusación, para ir agravando la situación de cada acusado eventual, según el modo que fuera abriéndose camino indebidamente el acusador. A lo sumo, sólo podrían ser admitidos aquellos cargos que hubieran formado parte de la primera acusación, por los mismos hechos. Bajo esta tacha de nulidad caían sólo los cargos 4 y 5 del caso “Macri”<sup>115</sup>.

*b)* La segunda clase de vicios parciales es más “convencional”, por así decirlo. Se trata de la nulidad por *la multiplicación ficticia de un mismo cargo*, es decir, por la imputación de una misma conducta, en *más de un cargo*, lo que expuso al acusado a una *persecución múltiple*, pues se puso a votación del cuerpo de jurados más de una vez *el mismo comportamiento*, lo que implicó una lesión al riesgo de *doble persecución por el mismo hecho* (art. 18, CN), con la particularidad de que tal persecución múltiple se dio *dentro del mismo juicio*, y con resultados de la votación no equivalentes, lo que demuestra la arbitrariedad de las decisiones de cada senador que votó por la afirmativa en uno y negativa en otro.

<sup>114</sup>Véase “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo IV, “Nulidad parcial de la acusación”, pp. 115/134; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 191/220.

<sup>115</sup>Véase “Escrito de Defensa”, pp. 117/8; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 195/6.

Este vicio se daba en dos formas en los cargos de la acusación<sup>116</sup>.

En algunos casos se formularon cargos que encerraban *más de una* conducta, *dentro del mismo cargo*, lo que fue llamado por la defensa “multiplicidad *interna*” (*infra*, b.1). En otros casos los cargos encerraban conductas que luego se repetían *en otros* cargos, es decir, una “multiplicidad *externa*” (*infra*, b.2).

**b.1)** Del primer caso (“multiplicidad *interna*”), pónese ahora como ejemplo el cargo 2 de la causa “Meller”. Este cargo comienza con una descripción omisiva: Negar la vía judicial de revisión, es decir, no abrir un recurso. Luego el cargo contiene *otras* conductas también imputadas, como, p. ej., la de la parte final, donde se dice que su voto “no estuvo motivado por el cumplimiento de la función de juez”. Si un senador hubiera creído —por error, pero lo hubiera creído al fin— que en el caso “Meller” *había que abrir* el recurso (primera parte del cargo) y otro creyera que *no*, que estaba bien negar el recurso —p. ej., porque estaba fuera de término—, pero de todos modos sí creía correcto votar por la destitución porque lo persuadía la última parte del cargo, resultaba que la acusación podía llegar a reunir dos tercios de votos respecto de un cargo, cuando una parte de esos votos podían derivarse *de una* conducta y otra parte, *de otra* conducta. Esto también implica una lesión al *fair trial* respecto de los cargos que tenían este vicio, que están especificados en nuestro Escrito de Defensa.

**b.2)** Como ejemplo de repetición de la misma conducta en *distintos* cargos (“multiplicidad *externa*”), se puede dar nuevamente el ejemplo del cargo 2 de la causa “Meller”, que se duplica en el cargo 3. Pues, “negar la vía judicial de revisión” (como se dice en el cargo 2) y “abdicar de abrir el recurso” (como se dice en el cargo 3) describen *la misma conducta*, y, por tanto, exponen al acusado a un riesgo de persecución múltiple *por un mismo hecho*, dentro *del mismo juicio*. Si se pone a votación el cargo 2 con una configuración que ya contiene al cargo 3, éste no puede ponerse a votación nuevamente.

En ambas situaciones, de multiplicidad interna o externa, se hallaban los más variados casos de las tres causas: “Meller” (cargos 2, 5 y 6), “Macri” (cargos 1, 2, 3 y 4) y “Dragonetti de Román” (cargo 3).

**c)** La tercera causal de nulidad parcial atañe a los cargos que están descriptos *sin individualizar concretamente la conducta imputada*. Otra vez incide aquí la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en este caso con una regla *específica*: la del art. 8, párr. 2, letra *b*, CADH, según la cual la acusación *debe comunicar al acusado en forma previa y detallada la imputación formulada*. El art. 347, seg. párr., CPPN, aplicable a este juicio en forma supletoria, exige, en el mismo sentido de la Convención Americana, una descripción “clara, precisa y circunstanciada de los hechos” imputados al acusado. Si no cumple este requisito, la acusación es nula y habilita, de nuevo, una excepción de “falta de acción” (art. 339, inc. 2, CPPN). Tal nulidad de la acusación se traslada a la sentencia condenatoria, como más abajo se verá.

<sup>116</sup>Véase “Escrito de Defensa”, pp. 118/126; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 196/209.

Este vicio afecta sólo a *dos* cargos de la acusación: a los cargos 2 y 6 de la causa “Meller”.

En particular, este vicio se refiere específicamente a la parte de dichos cargos en que la acusación dice, sin más ni más, en el cargo 2, que el voto del juez Boggiano “no estuvo motivado por el cumplimiento de su función como juez sino por otros intereses” y luego se afirma lo mismo en el cargo 6, cuando se dice que “su voto no fue el de un juez imparcial, sino que estuvo motivado por otros intereses diferentes a los de la función judicial”.

No hay que mezclar ahora el vicio de *indeterminación*, con el de *multiplicidad*; lo que ocurre es que los cargos 2 y 6 de la causa “Meller” están afectados *de ambos vicios*: la última parte del cargo 2 es igual a la última parte del cargo 6 (vicio de multiplicidad). Pero, además de ese vicio, está *indeterminado el objeto de la imputación*<sup>117</sup>.

No satisface el requisito de determinación clara, precisa, circunstanciada y específica, el afirmar: “Fulano tuvo una conducta *distinta de la debida*”, sino que *hay que identificar la conducta* (sea la externa, si uno está imputando el comportamiento externo, sea la interna, si uno está imputando una motivación).

Mucho antes de la pregunta de “si tengo pruebas” para una imputación semejante, viene la pregunta de “si la acusación está determinada”: si el acusador sólo dice que el sujeto tuvo *un motivo distinto del correcto*, la acusación ni siquiera llegaría a ser válida *por falta de determinación*. Si, en cambio, se determina *cuál es* el motivo supuestamente “torcido”, entonces sí se cumple con la exigencia de *identificar el hecho* por el que se acusa y pesará luego sobre el acusador la carga de demostrarlo.

Sólo cuando previamente se cumple eso se puede aceptar formalmente la acusación. Después se verá si la acusación “está probada”. Pero, si *ni siquiera se cumple eso*, la acusación es nula y debe ser rechazada *al inicio del juicio*. Por tanto, respecto de los cargos 2 y 6 por el caso “Meller”, la acusación contra el juez Boggiano debió ser rechazada, declarada nula, por falta *de determinación del hecho, ya ab initio*, porque sólo se hablaba de un “motivo distinto”, sin que se especificase cuál era ese motivo *distinto*, por tanto, nuevamente en violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, párr. 2, h, CADH: *comunicar al acusado en forma previa y detallada la imputación formulada*). Por tanto, nuevamente se daba un caso del art. 339, inc. 2, CPPN.

Pues bien, cuando tales planteos de nulidad de cargos específicos fueron rechazados en una resolución única sin ninguna fundamentación, el 28/9/2005, y se pasó a la votación de los cargos, *se trasladó a la sentencia* la nulidad (además de *total*, también *parcial*) de la acusación.

Dice, en efecto, FERNANDO DE LA RÚA, con razón:

---

<sup>117</sup>Más detalles y pormenores sobre el vicio de indeterminación, v. *in extenso* “Escrito de Defensa”, pp. 126/133; cfr. GELLI / SANCINETTI, *loc. cit.*, pp. 209/220.

“También es nula la sentencia si falta la enunciación de los hechos imputados... Debe consistir en una descripción completa, concreta, clara y suficiente del acontecimiento histórico que constituye el objeto de la acusación, de modo que pueda responder a la finalidad para la que está exigida. Esto es, para asegurar la correlación entre acusación y sentencia, principio fundamental del juicio oral derivado del de inviolabilidad de la defensa. Al mismo tiempo sirve para suministrar la prueba de que el Tribunal ha examinado la imputación en la deliberación de la sentencia y da la base para la motivación del dispositivo”<sup>118</sup>.

### III. Conclusiones

Con la decisión de “diferir” el tratamiento de estas excepciones previas al momento en que el H. Senado dictase la sentencia definitiva (art. 5.º, Resolución DR-JP-[B]-7/05, del 22/6/2005), se le causaba al acusado un agravio *definitivo*. Pero este agravio *se intensificó* cuando, el 28/9/2005, el Senado rechazó las excepciones de cosa juzgada parcial y nulidad parcial por diversos vicios, *sin ninguna fundamentación* (art. 1.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05), lo que produjo la invalidez de la sentencia que se dictó sobre la base de tales defectos, que afectaban el derecho de defensa del acusado.

Los vicios de los que aquí se trataba impedían aceptar la acusación a trámite. En lo que se refiere a la “cosa juzgada”, porque el Estado ya había producido una persecución penal a ese respecto y había resultado perdidoso; en esa medida, no podía poner en funcionamiento una segunda vez esa misma persecución; eso es un vicio *inicial* del procedimiento y no una cuestión vinculada solamente al fondo del asunto (que presupusiera desarrollar todo el juicio, es decir, perfeccionar la persecución múltiple). Pues la excepción de la cosa juzgada siempre atañe al fondo del asunto (si no, el *asunto* no estaría “juzgado”).

Tampoco se podía dar trámite a la acusación, respecto de los cargos afectados de vicios específicos. El diferir la decisión a la sentencia definitiva justamente *perfeccionaba* el agravio. Dicho a modo de ejemplo: la Convención Americana pone el énfasis en la exigencia de que la acusación comunique al acusado en forma *detallada y previa* la imputación formulada. Si no se cumple ese requisito, no puede procederse contra el acusado, por faltar un presupuesto *inicial* del procedimiento.

El haber procedido así de todos modos, y el haber rechazado las excepciones al final del juicio, poniendo a votación todos los cargos nulos, ahondó las lesiones al *fair trial* sufridas por el acusado durante todo el juicio. Y, por último, demuestra la parcialidad en principio ahora *subjetiva* del tribunal, ya totalmente prejuiciado con el caso, pues se negaba a darle la razón al acusado incluso en aquello que era de procedencia absolutamente obvia.

### § 8. Violaciones al debido proceso (*fair trial*) por el rechazo de medios de prueba y declaración indagatoria del acusado

<sup>118</sup>DE LA RÚA, *El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, 1968, p. 144 (bastardillas nuestras).



## I. Planteo de cuestiones

En el presente párrafo se trata de la cuestión relativa a las violaciones al debido proceso habidas en la arbitraria restricción de las posibilidades de defensa del acusado, concretadas en el hecho de que el tribunal de juicio (el Senado) negó el derecho del acusado a producir *la declaración testimonial de los testigos más relevantes* para su defensa, cuales eran los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el ex - procurador general de la Nación, que podían ilustrar de modo *determinante* acerca de lo inobjetable del comportamiento del acusado, en los tres casos incluidos en la acusación, y especialmente respecto del caso “Meller” (*infra*, II).

En un plano tan grave como esa restricción al derecho de defensa —o acaso más grave aun— se halla el hecho de que el Senado denegó al acusado su derecho a ser indagado con las particularidades propias de *todo acusado de una pretensión acusatoria*, cuando su declaración, prestándose a preguntas de la Comisión Acusadora y de cualquiera de los señores jueces (senadores) o aun de sus defensores, habrían puesto de manifiesto ante toda la opinión pública el carácter altamente infundado de la acusación y el verdadero propósito torcido del juicio (*infra*, III).

Ambas cuestiones implican lesiones autónomas al *fair trial* (ser juzgado “con las debidas garantías”, art. 8, párr. 1, y párr. 2, inc. f, CADH [art. 75, inc. 22, CN], ambos correspondientes al art. 18, CN), que no pueden ser convalidadas en un Estado de Derecho. Justamente se trata, al igual que en los agravios expuestos hasta aquí, de lesiones *específicas* al debido proceso, y, por eso, habilitan el recurso extraordinario del art. 14, de la ley 48, contra la sentencia condenatoria dictada por el Senado.

## II. Drástica restricción de la prueba testimonial: la denegatoria del testimonio de los jueces de la Corte y del ex - procurador general

### A) El tratamiento de la cuestión por el Senado

El primer signo de juicio injusto que asoma en el tratamiento de la prueba de la defensa reside en el intento de la Comisión de Asuntos Constitucionales, más tarde dejado de lado con cierta variación, de que los testigos que hubieran declarado ya en el juicio contra el ex - juez Moliné O’Connor no declararan nuevamente en el juicio contra el juez Boggiano.

Ese primer intento de restricción se concretó en estas palabras de una sesión de la Comisión, en palabras de su presidenta, la senadora Fernández de Kirchner:

“Sra. Presidenta. [...]”

Ahora bien, la propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales es que nos sigamos manejando en este y en otros temas como lo hicimos en el anterior juicio.

”En base a esto y a lo que consideren los señores senadores y senadoras, durante el curso de la semana redactaríamos la prueba que aceptaríamos y la prueba que rechazaríamos porque no la consideramos pertinente o porque entendemos ya producida en el caso de Moliné O’Connor”.

Tal primer intento de restringir la prueba del acusado fue dejado parcialmente de lado, tras una oposición de los defensores, al menos en el sentido de que, por el solo hecho de que un testigo hubiera declarado en otro juicio, era inadmisibile que su testimonio no se reprodujera en éste, porque de ese modo se le sustraería al acusado su derecho de interrogar a los testigos. Pero las manifestaciones de la presidenta de la Comisión hacían evidente que se había tomado la decisión, antes de recibir la prueba, de que el juicio fuese decidido *del mismo modo* que el juicio anterior *también en todo lo demás*, lo que habla a las claras de que las serias sospechas del acusado acerca de no estar ante un tribunal imparcial se hallaban objetivamente justificadas (al respecto, *supra*, § 5).

Tal criterio se reprodujo en la sesión del 10/8/2005, en que el Senado abrió a prueba el juicio y rechazó 9 de los 14 testigos de la defensa.

Al respecto, la presidenta de la Comisión dio el siguiente fundamento:

“Sra. Presidenta. [...]

”En realidad, fueron 37 los testigos ofrecidos por la Acusación y 14 los de la Defensa. De estos últimos, se hizo lugar a 6 testigos, 5 comunes con la Defensa y uno únicamente de ella\* .

”Los antecedentes de este cuerpo —lo que podríamos denominar «la teoría de los propios actos del cuerpo»—, nos obligan en cierta manera a decir —no quiero emplear las palabras «no es cierto», porque podría parecer que el que dice lo contrario— que no siempre fue coincidente nuestra actitud como cuerpo. Al respecto, lo que se solicita en esta ocasión es fundamentar el porqué del rechazo de cada prueba; pero de igual manera, podríamos fundamentar también el porqué se concede cada prueba. En ese sentido, hemos actuado de la misma forma que en el caso del doctor Moliné O’Connor y en otros antecedentes del cuerpo.

”Por otra parte —tal como lo manifesté ayer y consta en la versión taquigráfica—, creo que en este caso puede dilucidarse la cuestión sin necesidad inclusive de producir alguna de las pruebas; bastaría solo con su agregado, tal como se hizo en el juicio político seguido al doctor Moliné O’Connor.

”Pero es evidente que si no lo hiciéramos y adoptáramos ese criterio, algunos podrían decir que estamos afectando el derecho de defensa. Pero hemos procedido exactamente de la misma manera que en el juicio al doctor Moliné O’Connor y también en otros que tuvo esta Cámara con anterioridad a su actual conformación. Es decir que hemos actuado de la misma forma, lo que hace a la coherencia e integridad de un tribunal: mismo comportamiento en iguales circunstancias”. político seguido al doctor Moliné O’Connor.

Con tales circunloquios, la presidenta de la Comisión estaba diciendo, sencillamente, que los medios de prueba serían restringidos, del mismo modo en que lo habían sido en el juicio anterior, contra el ex - juez Moliné O’Connor —es decir, *arbitrariamente*—.

\* Aquí se registra cierto error de formulación. Pues lo correcto es que se hizo lugar a sólo 5 testigos de la defensa, 4 de los cuales eran comunes con la acusación, y sólo 1 exclusivamente de la defensa.

Se presupone así que el hecho de haberse comportado de modo contrario al derecho de defensa en un juicio impondría la “obligación”, por “la doctrina de los propios actos”, de seguir haciéndolo en todo juicio posterior. Con esto sólo se ratifica el carácter altamente arbitrario del tratamiento dado al acusado. Y la errónea invocación de la doctrina de los propios actos para tales decisiones, no hacía más que corroborar la falta de un tribunal imparcial, que expresaba de manera inequívoca que se sentía vinculado por las decisiones del juicio anterior, lo que había motivado, precisamente, la justa recusación de los senadores que se hallaban en dicha situación, por parte de la defensa.

Como se ve, la presidenta de la Comisión dice allí que *no hace falta fundamentar* por qué se deniega la prueba, pues, de otro modo —cree la presidenta— habría que *fundar también la prueba concedida* (!). Esto es un gravísimo error de derecho: para *hacer lugar* a una prueba requerida, no hace falta una fundamentación específica; esto sólo es necesario para su denegación, lo que está justificado sólo en los casos en que la prueba sea “manifiestamente improcedente, superflua o meramente dilatoria”, tal como lo dice el art. 5.º, seg. párr., Regl. del Senado. Esto significa que el medio de prueba requerido *sólo puede ser negado en dicho caso* y que la denegatoria debe fundarse *en esa base* (si no hay tal base, no se puede denegar la prueba, aunque el tribunal cuente con votos unánimes para así hacerlo: se trata de un derecho del acusado, no del tribunal).

## B) El prudente ofrecimiento de prueba de la defensa

Para juzgar sobre la violación al debido proceso de tales restricciones probatorias, hay que reparar en la extrema prudencia que había observado la defensa en su ofrecimiento de prueba, de tan sólo 14 testigos. La prueba testimonial ofrecida por la defensa se ceñía, en efecto, a los siguientes testigos (tómase la siguiente transcripción del ofrecimiento de prueba del Escrito de Defensa<sup>119</sup>):

### “II. Enumeración de testigos

”1. Se requiere ante todo la comparecencia y declaración, en la forma antes explicada, de los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- ”- Enrique Santiago *Petracchi*,
- ”- Augusto César *Belluscio*,
- ”- Carlos Santiago *Fayt*,
- ”- Juan Carlos *Maqueda*,
- ”- Eugenio Raúl *Zaffaroni*,
- ”- Elena *Highton de Nolasco*,

<sup>119</sup>Escrito de Defensa, pp. 269/70. Véase también GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 429/30.

”- Ricardo Luis *Lorenzetti*,

”- Carmen María *Argibay*,

”todos con domicilio en Talcahuano 550, 4.º piso, Buenos Aires.

” 2. Además, la declaración de los siguientes funcionarios o ex - funcionarios:

”- Rafael *Bielsa*, ex - titular de la SIGEN, actual Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, con domicilio en el ministerio respectivo.

”- Carlos Manuel *Garrido*, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, con domicilio en Juan D. Perón 2455, 4.º piso, Buenos Aires.

”- Nicolás *Becerra*, ex - Procurador General de la Nación, actual Árbitro Titular para integrar el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, cuyo domicilio deberá ser requerido a Cancillería.

”- José Rodolfo *Eleazar González*, ex - Gerente de Asuntos legales de ENTel (e.l.), que deberá ser citado al domicilio que pueda ser requerido en el Colegio de Abogados u otro organismo.

”- Rubén *Gorría*, Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con domicilio en Talcahuano 550, 4.º piso.

”- Osvaldo E. *Siseles*, Subsecretario Legal de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía, con domicilio en dicho Ministerio”.

¿Cuál fue el resultado del auto de apertura y provisión de prueba en la sesión del 8/10/2005? Que el Senado denegó la realización de los testimonios de los 8 testigos que la defensa había señalado como “testigos *principales*” (nótese la expresión: “ante todo”), del punto 1, así como también *uno* de los testigos agrupados en el punto 2 de la enumeración (justamente el más relevante de ese grupo, por las razones que se pasa a exponer).

La declaración de los ocho ministros de la Corte habrían podido echar una luz insustituible sobre el objeto de la acusación. Al respecto hay que distinguir entre el grupo de jueces que ya se hallaban en ese mismo cargo a la fecha de los casos “Meller”, “Macri” y “Dragonetti de Román” (*Petracchi*, *Belluscio* y *Fayt*) y los otros cinco jueces. Esta diferenciación habría sido útil a la hora de valorar el contenido de los testimonios, porque podrían haber tenido actitudes al menos parcialmente distintas, pero en todo caso todos habrían informado de tal modo que la inocencia del acusado habría quedado en evidencia.

La medida de prueba consistente en tales testimonios había sido requerida por el acusado ya en la etapa de investigación preparatoria, en la Cámara de Diputados. También allí le fue denegado su derecho a producir prueba, sobre la base —dijo la acusación— de que la medida podría ser producida en el Senado (pero en el Senado, tampoco fue producida[!]).

### **C) La atinencia manifiesta de la prueba denegada y la lesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Repárese al respecto en que una de las quejas de la defensa reside en que el juez Boggiano ha sido juzgado por la disconformidad que el Poder Legislativo exhibe respecto de una sentencia firmada por el acusado. Mas, para juzgar sobre el contenido de una imputación semejante, no había nadie más calificado en el

mundo que cualquier otro juez del mismo tribunal integrado por el acusado. Otro testigo de concepto “más calificado” no podía haber.

Del mismo modo, el restante testigo rechazado por el tribunal de juicio fue el ex - procurador general de la Nación, Don *Nicolás Becerra*, quien justamente fue designado árbitro del Mercosur por el presidente de la Nación, *Néstor Kirchner*, siendo que, por lo demás, el dictamen del procurador general en la causa “Meller” sostuvo sustancialmente la misma doctrina que suscribió el juez *Boggiano* en su voto en esa misma causa<sup>120</sup>. La confrontación con él habría sido del más alto grado de utilidad para los intereses de la defensa.

Como contrapartida, el tribunal de juicio sólo concedió, de los 14 testigos requeridos por la defensa —una petición por demás prudente y cauta, que de ningún modo podía ser calificada como “manifiestamente improcedente, superflua o meramente dilatoria”, como requiere el art. 5.º, seg. párr., Regl. del Senado, para justificar la denegatoria— 5 testigos, denegando 9. De esos 5 testigos, 4 eran comunes al ofrecimiento de prueba de la acusación, y solo uno era exclusivo de la defensa<sup>121</sup>.

Según el texto del Reglamento, por tanto, la prueba que debe ser denegada es la que manifiestamente es *inatinente al caso* (improcedente, superflua, dilatoria). Mas los testimonios ofrecidos por la defensa no podían caer bajo tal calificación. Y si no caían bajo tal calificación, era *obligatorio reconocer la procedencia de la prueba*.

Por consiguiente, la denegatoria de prueba testimonial implicó una violación manifiesta del art. 8, párr. 2, *f*, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (e intesificó así la violación general al *fair trial* puesta de manifiesto en los demás defectos del proceso):

“Art. 8: [...]

“2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

”*f*) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

### III. El rechazo de la declaración indagatoria requerida por la defensa

<sup>120</sup> Y el canciller Bielsa, al responder por oficio al cuestionario de la defensa, transcribió parte del decreto de designación del ex - procurador general Becerra (decreto 970/2004): “... hace necesario designar como integrante del Tribunal Permanente de Revisión a un jurista de reconocida competencia en la materia, que garantice el desempeño de su función con objetividad, confiabilidad y buen juicio”, agregando que el candidato propuesto “reúne las cualidades requeridas” (segunda respuesta del canciller Bielsa evacuada por oficio).

<sup>121</sup> Con posterioridad, días antes de la audiencia de testigos la Comisión Acusadora desistió de sus testigos, probablemente para que pareciera que los 5 testigos pasaban a ser exclusivamente de la defensa. Pero esa apariencia engaña. Pues tales testigos habían declarado en el juicio anterior, y el Senado había adelantado que consideraba válido basarse en tales testimonios aunque no fueran reproducidos en el segundo juicio. Éstos eran, pues, propiamente, “testigos de cargo”, que la defensa citó para ejercer su derecho de control de la prueba. Pero sus testigos de defensa real, eran básicamente aquellos denegados por el Senado.

## A) La razón de ser del pedido de declaración indagatoria

De un cariz acaso más grave aun fue la denegatoria de la medida requerida por el propio acusado, de que se le tomara en forma pública declaración indagatoria, petición que se gestó y concretó de la forma en que se pasa a explicar.

### 1. *El cierre anticipado del período de prueba*

Por decisión del 7/9/2005 (DR-JP-[B]11/05), el Senado cerró el período de prueba que había abierto el 10/8/2005. En esta fecha, en efecto, se había abierto el período de prueba “en los términos de los artículos 5.º a 8.º del Reglamento de rito”, lo que significaba *por un plazo de 30 días* (art. 6.º, Regl. cit.). El 7/9/2005, por ende, el Senado cerró el período de prueba *antes* de que tal período concluyera, sobre la base de que “no quedaba prueba pendiente por producir”.

Sin embargo, inmediatamente después de tal resolución, precisamente el 9/9/2005 —cuando, por la resolución originaria, aún debía estar abierto el período de prueba—, y en razón de haber oído a los testigos que habían declarado en forma personal en la audiencia del 30/8/2005 (*Garrido, Siseles, Gorriá y Eleazar González*), el acusado solicitó al Senado —en escrito suscripto por él mismo con la asistencia de sus defensores—, que se le tomara declaración indagatoria, conforme a los arts. 303, 378 y 380 del Código Procesal Penal de la Nación<sup>122</sup>. Pues justamente en la audiencia de testigos, cuando el acusado quiso hacer repreguntas a varios de ellos, fue increpado por la acusación sobre la base de que, con sus preguntas y manifestaciones, lo que estaba haciendo era “alegar” y no preguntar.

La razones de la petición del acusado de que se le recibiera declaración indagatoria pueden quedar explicadas resumidamente por las siguiente consideraciones.

### 2. *Distinción entre defensa técnica y declaración indagatoria*

La previsión de que el acusado presente su defensa “por escrito, sin perjuicio de que... si lo solicita, pueda ampliarla en forma oral ante el tribunal” (art. 4.º del Reglamento del Senado), es una reglamentación del modo en que se formula la *defensa técnica* del acusado, que en el caso concreto fue redactada íntegramente por sus dos abogados defensores. Pero **no** es una *exposición propia y espontánea sobre los hechos*, exposición que el acusado siempre tiene derecho a realizar, conforme al principio más elemental de la defensa en juicio en materia penal, al igual que tiene derecho a ser confrontado con los testigos. El hecho de que el juicio de los art. 59 y 60, CN, pueda concluir en una *pena accesoria* propia del derecho criminal (la inhabilitación), pena precisamente impuesta en este caso (si bien con toda clase de vicios formales [al respecto, v. *infra*, §§ 12, 13]), hace acuciante la necesidad de velar por que el acusado pueda *pronunciarse sobre los*

---

<sup>122</sup> Véase la presentación del acusado P. 103/05: “Boggiano Antonio: en el juicio político que se le sigue solicita prestar declaración indagatoria, se fije audiencia (art. 303, 378, 380 CPPN) y se revoque cierre de período de prueba”.

hechos y dar ocasión para que los acusadores se dirijan a él de modo espontáneo y poniendo en evidencia, a los ojos del tribunal y de la ciudadanía, si la imputación tiene asidero o no. Es esto lo que los acusadores y el tribunal quisieron evitar.

El lego ajeno al conocimiento de las garantías penales (el Senado es un tribunal de jurados no expertos en Derecho) podía entender que si la Comisión Acusadora *no tenía interés*, ella misma, en hacer preguntas, el acusado no tendría que poder invocar eso como una razón para justificar el derecho a requerir la declaración indagatoria. Mas este argumento sería gravemente incorrecto. Pues el derecho del acusado a prestar declaración indagatoria —cuantas veces quiera y en cualquier momento del juicio—, precisamente le genera a él *el derecho subjetivo* de *exigir* que la acusación se le enfrente, mostrando públicamente si *de veras* hay algo en su contra, o si, como ocurre en este caso, se trata de un remedo de acusación, simulada, por parte de quien no tiene *nada concreto que imputar*.

Las ocasiones para poder ejercer la “defensa técnica” (art. 4.º del Reglamento del Senado), en forma *escrita* u *oral*, no tienen el mismo sentido que el derecho a enfrentarse cara a cara el acusado con su acusador y su tribunal. Si el acusado hubiera sido sometido *a preguntas en forma pública*, a los ojos de todo el pueblo, la población habría visto como evidente que aquí se trataba de una farsa de juicio. Y tal reacción popular habría podido influir sobre la conciencia de los jueces —quienes, en cambio, en el curso real de los hechos, se esmeraron por que tal medida no se produjera—.

Dicho a modo de ejemplo concreto: los acusadores sostuvieron, más de una vez en su acusación, que el acusado había juzgado las causas por *motivos ajenos* a la función judicial, y, por lo demás, aquéllos lo hicieron sin especificar el *contenido* de esa aseveración (indeterminación de la acusación). Si realmente los acusadores hubieran querido esclarecer ese hecho, no habrían temido a interrogar al acusado frontalmente, por el sentido de sus sentencias en las 3 causas implicadas en el juicio (“Meller”, “Macri”, “Dragonetti de Román”).

### 3. *La declaración indagatoria como acto de defensa*

La declaración indagatoria, por otra parte, no es una “medida de prueba” en sentido estricto, sino un puro *acto de defensa*, *inalienable*. Por ello, si bien la defensa puso también una reposición contra la decisión de cierre del período de prueba —para el evento de que el Senado denegara la indagatoria sobre la base de que el período de prueba había sido cerrado (anticipadamente)—, la base principal de su pretensión consistió en que el acto de una indagatoria, técnicamente, está *fuera de toda “medida de prueba”*, y puede ser realizado “en cualquier momento del juicio y cuantas veces lo quiera el acusado” (arts. 303, 378, 380, CPPN).

### 4. *El bloqueo de la posibilidad de careos*

Por último, se señala aquí —más allá de volver luego sobre el particular, al criticar los fundamentos por los cuales el Senado negó el acto— que, de una declaración indagatoria del acusado, sí *puede* surgir la necesidad de ampliar la prueba, en tanto y en cuanto, de sus explicaciones sobre los hechos o su significado jurídico, resultasen contradicciones con las declaraciones de los testigos, lo cual habilita su derecho a pedir *un careo* con el testigo del caso. En esta medida —si se hubiera dado tal posibilidad, bloqueada por la decisión denegatoria del Senado— naturalmente el careo, en sí mismo, *sí habría* configurado un “medio de prueba” en sentido estricto, pero que el acusado en cualquier caso tiene derecho a pedir, si, de la indagatoria —cuyo derecho nadie puede confiscarle— surgen diferencias con el contenido los testimonios. Durante la audiencia de testigos, sin embargo, el acusador Falú exclamó más de una vez: “está alegando”, con lo cual acallaba al acusado. La alternativa lícita de lo que allí se le negaba, era oírlo en declaración indagatoria, mucho más cuando, como en este juicio, el contenido en sí de la imputación consistía en enrostrar como incorrecta una *interpretación jurídica* (facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial).

En la audiencia de testigos, p. ej., algunos de éstos insinuaron, cual personas preparadas al efecto para el acto, y el acusador se hizo eco de la misma actitud, que la expresión del voto del juez *Boggiano* en la causa “Meller” de que no se advertían razones de “orden público estatal” implicaba la “convalidación del laudo apelado”, lo que constituía un grosero error jurídico. Y no es suficiente con que uno pueda *argumentar jurídicamente* en un alegato —p. ej., por medio de los defensores, como en definitiva se hizo, sobre ese particular—, sino que la propia declaración del acusado, expuesta ante los ojos de todos, habría puesto en evidencia la falsedad de las imputaciones, muy especialmente al abrirse a las preguntas de los senadores —especialmente de los que fueran imparciales y ecuanimes—.

## **B) Los términos concretos de la petición del acusado**

Seguidamente se transcribe de modo casi íntegro el escrito en el que el acusado requirió al Senado que se le tomara declaración indagatoria. Pues ya los argumentos expresados en su escrito demostrarán anticipadamente que los fundamentos dados después por el Senado para rechazar la petición eran completamente errados y más bien propios de quienes no quieren que se note que el acusado es inocente.

El escrito del acusado rezaba así:

### **“I. Objeto**

”Que vengo a solicitar se fije audiencia, para fecha anterior a la fijada para la celebración de los alegatos, a fin de ser escuchado por el tribunal en pleno, en declaración indagatoria, en la que el imputado pueda hacer una exposición amplia de los hechos por los que es acusado, también respecto de las circunstancias que formaron parte de los testimonios de los testigos, y a fin de someterse, finalmente, a las preguntas que la acusación, el tribunal o los propios defensores quisieran hacer tras la declaración libre del acusado.



## ”II. Fundamentos

”Fundo mi petición en el derecho de toda persona a ser oída por el tribunal competente para la sustanciación de cualquier acusación, sea penal o de cualquier otro carácter (CADH, art. 8.1 [en el mismo sentido ello se deriva del debido proceso y del derecho de defensa del art. 18 de la CN y de los arts. 10 de la DUDH y 14.1 del PIDCP, estos últimos, al igual que la CADH, de jerarquía constitucional —CN, art. 75, inc. 22—]).

”Este derecho elemental del acusado está indudablemente comprendido entre las garantías de procedimiento que amparan a los funcionarios sometidos a juicio político.

”Por lo demás, en tanto y en cuanto este juicio queda regido supletoriamente por las reglas del Código Procesal Penal de la Nación es evidente la procedencia de lo solicitado, dado que el art. 303 de dicho cuerpo legal establece que «el imputado *podrá declarar cuantas veces quiera*». Más precisamente el art. 378 del mismo código ordena, como acto central e imprescindible del juicio, que «el presidente procederá, bajo pena de nulidad, a recibir la declaración del imputado». Igualmente, el art. 380 del CPPN prescribe además que «en el curso del debate el imputado podrá efectuar *todas las declaraciones que considere oportunas*, siempre que se refieran a su defensa».

”La declaración del acusado, así surge ya a la luz de tales disposiciones, es un acto directo de defensa ante el juzgador del que el imputado no puede ser privado, sin que se menoscabe la amplitud que debe asegurársele a su derecho de defensa en juicio. Dicha defensa material no puede quedar suplida ni con su resistencia por escrito a la acusación ni por la intervención de sus defensores.

”Tal como lo ha destacado JULIO MAIER, «*el derecho a ser oído alcanza su expresión real en la **audiencia del imputado ante el tribunal... para que el imputado, al concederle el tribunal la palabra, se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige***»<sup>\*-1</sup>. Este autor agrega que, por ello, «*el imputado está facultado a requerir que lo escuchen **en cualquier momento del procedimiento***»<sup>\*-2</sup>.

”Se trata, entonces, de una facultad *capital* del acusado, que se refiere a su derecho de ejercer directamente su defensa material «cara a cara» con el tribunal llamado a resolver sobre la acusación.

”Allí, como acusado, el suscripto podrá exponer ante el tribunal todas las razones que hacen a la *irreprochabilidad de su comportamiento*, pero también se ofrecerá a contestar cuantas preguntas quisiera formularle la Comisión Acusadora o cualquiera de los jueces que integran el tribunal (eventualmente, también las preguntas que formularan sus defensores). Si los jueces del tribunal aspiran a formar una convicción realmente justa, tendrán interés en escuchar los dichos del acusado, no por vía de una alegación, sino de una exposición de los hechos revestida de la importancia que tiene toda declaración del acusado. También la Comisión Acusadora, si realmente se comporta como órgano estatal objetivo, tendrá indudable interés en la realización de esta medida; mas, aunque no lo tuviera, es derecho inalienable del acusado el provocarla. Se acota, al respecto, que su declaración se distingue tanto del sentido de los alegatos finales que oportunamente hubieren de hacer los defensores, como del derecho al uso

<sup>\*-1</sup> MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, 1989, t. II, p. 328, resaltado original [Nota 1 del escrito original].

<sup>\*-2</sup> MAIER, *op. cit.*, p. 329 (énfasis en negrita propio del peticionante) [Nota 2 del escrito original].

de la última palabra previsto por la ley procesal para el acusado (art. 393, *in fine*, CPPN).

”El acusado está persuadido de que especialmente para aquellos senadores que no sean juristas será de extrema utilidad una exposición amplia de los hechos por parte del juez acusado, así como también aclararles a los señores jueces todas las dudas que pudieran abrigar.

### ”III. Oportunidad y recurso de reposición

”La razón por la cual la audiencia aquí requerida debe ser fijada para fecha anterior a la de la audiencia destinada a los alegatos sobre la prueba reside en que la propia declaración puede ser evaluada por las partes posteriormente en sus alegatos, y, asimismo, por la posibilidad de que, de la declaración, surjan situaciones aptas para soliciar un careo entre cualquiera de los testigos y el acusado.

”Por ello, esta petición conlleva también un *recurso de reposición* explícito, en razón de que el período de prueba fue cerrado sin sustanciación, por resolución del 7/9/2005, y, por tanto, contra tal resolución cabe el recurso de reposición, «a fin de que el mismo tribunal que la dictó la revoque por contrario imperio» (art. 446, CPPN). Contra esto se podría alegar que la declaración del acusado es un *acto de defensa* y no una *medida de prueba*, por lo que el acto de su declaración podría ser celebrado sin necesidad de revocar el auto de cierre del período de prueba. Sin embargo, aun con esa posición doctrinal no se puede descartar —como ya se indicó— que se produzcan situaciones que habiliten la petición de careos, por lo que esta última medida sin duda debería quedar encuadrada como «prueba», lo que implicaría que el período de prueba, como tal, no puede ser clausurado aún de modo definitivo. Este problema eventual podría considerarse susceptible de solución, si cediera\*, por medio de la regla del art. 397, CPPN, que autoriza la *reapertura del debate*.

”Por lo demás, en caso de que no sea posible fijar la audiencia en una fecha anterior a la ya fijada para los alegatos —en razón de la particular forma de sesiones que debe llevar el tribunal a los efectos de sus restantes funciones—, se requiere desde ya que se prevea la traslación consecutiva de sólo una semana, o del tiempo que el tribunal considere menester, de los actos previstos en la resolución del 7/9/2005, de tal modo que todos los actos puedan ser realizados en tiempo oportuno, para la regularidad del procedimiento (en *esta otra* medida, también debe entenderse implicado un recurso de reposición, en tanto sea necesario varias las fechas fijadas en la resolución mencionada).

”Se destaca finalmente que cualquiera que fuese el criterio que se considerara procedente respecto de la reposición del auto que decretó el cierre del período de prueba y fijó la audiencia de alegatos, en todo caso la celebración previa de una audiencia de declaración indagatoria es procedente sin más ni más.

### ”IV. Petitorio

”Por las razones expuestas, al H. Senado se solicita:

”a) se tenga presente mi petición de prestar declaración indagatoria y someterme a todas las preguntas que fueran menester (**I y II**);

\* En el original de este escrito figura la expresión “se diera”, como se se hubiera tratado de lo que “se puede dar” en una situación. La expresión era incorrecta; según toda probabilidad, la defensa quiso decir “cediera”, aun cuando para el sujeto de la frase (“problema”) tampoco era la mejor expresión verbal al alcance.

”b) se fije audiencia para dicha declaración del acusado, que tenga suficiente antelación con la audiencia fijada para los alegatos (III);

”c) se revoque por contrario imperio (art. 446 CPPN) la decisión de cierre del período de prueba, en las condiciones indicadas en el punto III;

”d) se tenga presente la posibilidad de tener que trasladar los actos fijados en la resolución del 7/9/2005, en tanto sea menester así resolverlo (III).

”Antonio Boggiano

”María Angélica Gelli

Marcelo A. Sancinetti”

Tal el cariz de la petición del acusado.

### C) El rechazo de la medida por parte del Senado

El Senado rechazó la petición del acusado, mediante resolución del 21/9/2005, es decir, el día anterior a la audiencia de alegatos.

El articulado de la resolución y los fundamentos subsiguientes rezaron así:

**“EL H. SENADO DE LA NACIÓN,  
CONSTITUIDO EN TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO POLÍTICO  
AL SEÑOR MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
DR. ANTONIO BOGGIANO**

**”RESUELVE:**

”**Artículo 1.º**– No hacer lugar a la solicitud del acusado de prestar declaración indagatoria.

”**Artículo 2.º**– No hacer lugar al recurso de reposición interpuesto contra la resolución DR-JP-(B)-11/05 solicitando que se revoque por contrario imperio la decisión de cierre del período de prueba.

”**Artículo 3.º**– Notifíquese personalmente o por cédula.

**”Fundamentos:**

”Señor presidente:

”El día 9 de septiembre de 2005 ingresó a la Comisión de Asuntos Constitucionales el expediente P. 103/05, «Boggiano Antonio: en el juicio político que se le sigue solicita prestar declaración indagatoria, se fije audiencia (art. 303, 378, 380 CPPN) y se revoque cierre de período de prueba».

”Mediante el mismo el Dr. Antonio Boggiano, a través de sus letrados defensores María Angélica Gelli y Marcelo Alberto Sancinetti, solicita que se le proceda a tomar declaración indagatoria en una audiencia realizada con suficiente antelación respecto de la citada para los alegatos, a fin de ser escuchado por el tribunal en pleno.

”Asimismo interpone recurso de reposición contra la DR-JP-(B)-11/05 pidiendo que se revoque por contrario imperio la decisión de cierre de período de prueba fundamentando que la declaración indagatoria solicitada puede ser evaluada por las partes posteriormente en sus alegatos y que de la misma pueden llegar a surgir situaciones aptas para solicitar un careo entre cualquiera de los testigos y el acusado, debien-

do quedar esta última medida encuadrada como «prueba» implicando, en consecuencia, que el período de prueba no puede ser clausurado aún de modo definitivo.

”Además, entiende que el objeto de la declaración indagatoria es que el imputado haga una exposición amplia de los hechos por los que es acusado, de las circunstancias que formaron parte de los testimonios de los testigos y, finalmente, se someta a las preguntas que la acusación, el tribunal o los propios defensores quieran hacerle tras la declaración.

”Funda su petición en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 18 de la Constitución Nacional, 303, 378 y 380 del Código Procesal Penal de la Nación, este último de aplicación supletoria para el caso de juicio político.

”Por su parte, la Comisión Acusadora a través del expediente CD 50/05 se opone a la presentación efectuada por la defensa del acusado, argumentando que el Dr. Boggiano se defendió por escrito y oralmente ante el Senado y que tiene la posibilidad de ampliar su defensa en el marco del alegato final. A su vez, piden que se tenga presente que en la Cámara de Diputados, el acusado se defendió dos veces por escrito habiendo tenido la posibilidad de hacerlo oralmente.

”Finalmente, sostienen que si se resolviese hacer lugar a la petición, solicitan que se los notifique del día y hora del acto de declaración.

”Al respecto cabe mencionar que el derecho del acusado a ser oído por el tribunal no fue, ni es menoscabado. En efecto, conforme lo establece el Reglamento del Honorable Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político, el acusado cuenta con tres oportunidades en las cuales puede efectivamente hacer uso de ese derecho.

”En efecto, conforme su artículo 4.º el acusado «... *presentará la defensa por sí o por apoderado...*». El día 31 de mayo de 2005, el Dr. Antonio Boggiano presentó su escrito de defensa respecto de todos los cargos que la acusación le imputaba y tuvo su primera oportunidad de ser oído por el tribunal.

”El mismo artículo ut supra mencionado también establece que «... *la defensa se presentará por escrito, sin perjuicio [de] que el acusado, si lo solicita, pueda ampliarla en forma oral ante el tribunal*». En su escrito de defensa el Dr. Antonio Boggiano solicitó la ampliación oral siendo ésta concedida por el tribunal, razón por la cual el día 22 de junio el tribunal en pleno escuchó todos los fundamentos por los cuales el Dr. Boggiano y sus letrados apoderados sostenían la defensa. En esta oportunidad hay que tener en cuenta que el acusado tuvo libertad para expresarse respecto de todos los puntos que creyera oportuno a los fines de desvirtuar los cargos efectuados por la acusación.

”Conforme el artículo 9.º del Reglamento «[v]encido el término de prueba y producida ésta, el presidente designará el día para recibir los alegatos». Es en esta tercera oportunidad el momento en que nuevamente el acusado tendrá derecho a ser oído por el tribunal respecto de todas las cuestiones que crea conveniente, en especial sobre el mérito de la prueba documental, informativa, las declaraciones de los testigos y, en definitiva, de todas aquellas cuestiones que a lo largo del proceso estime pertinentes y que por ser posteriores al escrito de defensa y a la ampliación oral de la defensa pueden no estar incorporadas en éstos.

”De manera tal que no cabe duda de que el derecho del acusado a ser oído por el tribunal se encuentra resguardado mediante las disposiciones citadas.

”Por tales razones no debe hacerse lugar al pedido de prestar declaración indagatoria solicitado por el acusado y, en consecuencia y como derivación de esto, tampoco corresponde hacer lugar al recurso de reposición planteado.

”Por lo expuesto solicito la aprobación del presente proyecto de resolución.”

#### **D) La imposibilidad de sustituir la indagatoria por el uso de la “última palabra” (393, CPPN)**

Cuando el Senado quiere legitimar el rechazo de la declaración indagatoria del acusado recurriendo a que él tenía, de todos modos, protegido su “derecho de defensa” por la circunstancia de que pudo ser escuchado en la ampliación oral de la defensa y por el hecho de que también sería escuchado en el alegato final, comete errores *de derecho*, de diferentes jerarquías.

##### **1. Diferencia con la defensa técnica inicial**

En primer lugar, confunde el sentido de *la indagatoria* con el de una *defensa técnica*. Dicho en sentido coloquial y circular: la defensa es *la defensa*; la indagatoria, *la indagatoria*<sup>123</sup>. Ambos institutos tienen estructuras y contenidos diferentes. Sólo tienen en común —cuando la defensa es oral y la ejerce el propio acusado (que no fue el caso)— que en los dos supuestos una misma persona “está hablando”. Así como un juez de instrucción tiene que recibir la declaración indagatoria del imputado, a pesar de que éste haya presentado un “escrito de descargo”, así también un escrito de descargo —la defensa escrita en el Senado— no le sustrae al acusado su derecho a declarar en indagatoria. Sobre esto, hemos abundado ya en el propio escrito en que se requirió la medida ante el Senado. Las réplicas del Senado no tratan en absoluto del planteo de estas diferencias, sino que, en *petitio principii*, presuponen poder contestar que se puede prescindir de la indagatoria por el hecho de que el acusado haya hablado *en otra* condición, cuando justamente la defensa parte de la base de que una y otra cosa no son procesalmente equivalentes, ni intercambiables.

Por ello dijo bien el senador Menem en la discusión dentro del tribunal, al momento de oponerse al rechazo de la indagatoria:

”He votado en contra de que se cierre el período de prueba porque falta todavía prueba ofrecida por la parte acusada. Creo que ahí se han afectado derechos esenciales...”

”En cuanto al derecho de hacer una nueva declaración, no creo que haya que identificarla con el momento de los alegatos. Entiendo que el acusado está pidiendo una oportunidad para ejercer su defensa material, por eso habla de la indagatoria, que es un derecho que tiene todo imputado de hacer su descargo a título personal, más allá

<sup>123</sup> Más allá de que se trata de una formulación tautológica, verdad es también que la declaración indagatoria del acusado integra en sentido amplio sus actos de defensa, pero debe ser distinguido de la defensa técnica, tanto si la ejercen sus abogados, como si la ejerce él mismo: declarar sobre los hechos y exponerse a preguntas no es igual a argumentar sobre los hechos y el derecho (aunque todo, en sentido amplio, sean “actos de defensa”). El que no entienda esto no puede juzgar ningún caso.

de los alegatos que vayan a hacer los abogados. Este es un derecho que no se le puede negar...”<sup>124</sup>.

## **2. Diferencia con el uso de la “última palabra” (art. 393, CPPN)**

Por otro lado, el Senado quiso escudarse en que el acusado podía alegar en la audiencia final (audiencia de alegatos).

Sin embargo, el alegato, en sentido estricto (valoración de las pruebas y contradicción del alegato de la acusación), quedó a cargo de los abogados defensores. No es ésa la tarea del propio acusado, ni fue tampoco el sentido de que él tomara al final la así llamada “última palabra” (art. 393, *in fine*, CPPN). Si el derecho a tener la última palabra bloqueara el derecho a prestar declaración indagatoria, eso determinaría que los arts. 378 y 380 del CPPN no tuvieran ninguna razón de ser, porque su función quedaría siempre absorbida por la intervención final del art. 393, CPPN, lo que nadie podría admitir como correcto.

La declaración indagatoria puede influir sobre el propio acusador, en caso de tener recta conciencia, lo que todo tribunal tiene que tomar como presupuesto de la situación de un juicio justo. Pues, oído el acusado en indagatoria, y sometido a preguntas, tanto por el acusador, como por el tribunal, como por los propios defensores, el acusador puede llegar a la convicción real de que su pretensión acusatoria inicial era infundada. La Comisión acusadora, sin embargo, se cerró a esta posibilidad. Porque no es que el Senado haya denegado una medida que la acusación hubiera querido realizar, es decir, que hubiera sido apoyada por los acusadores, sino que el Senado negó una medida a la que se oponía la propia Comisión Acusadora. Pero es un vicio autónomo del proceso, que habla de violación al *fair trial*, que al acusador *no le importe en absoluto someter a preguntas al acusado*. ¿Qué juicio de buena fe podría trabarse de esta forma?

Presuponiendo la buena fe, si al acusado se le sustrae su derecho a una indagatoria, se le priva del derecho de persuadir a su adversario en el proceso, de que él no tiene ninguna razón en su acusación. Si la medida se hubiera hecho, el propio acusador habría tenido que redefinir el sentido de su alegato. En cambio, en el ejercicio del derecho a la última palabra (art. 393, CPPN), más allá de las restantes diferencias entre los institutos, no hay posibilidad real de incidir sobre el acusador.

## **3. Drástica restricción o supresión de los dichos del acusado en la versión taquigráfica de la sesión de alegatos (22/9/2005)**

Por último, se anida aquí un problema adicional. Y es que, aun cuando la “última palabra” no tiene *nada que ver* con una indagatoria, ni su ejercicio puede eliminar el derecho a ser oído precisamente en indagatoria (p. ej., para contraponerse a los testigos, lo que no se puede hacer en la defensa inicial), en el caso concreto se produjo el enorme vicio procesal inesperado de que la última

---

<sup>124</sup> Versión taquigráfica de la 30.ª Reunión - 10.ª Sesión en tribunal - 21 de septiembre de 2005, intervención del senador Eduardo Menem, p. 5.

intervención del acusado fue prácticamente suprimida de la versión taquigráfica oficial de la sesión del 22/9/2005, lo que la defensa atribuye a un error involuntario. Mas, haya sido involuntario o no, en efecto, las manifestaciones del acusado, que insumieron unos 30 minutos, fueron reflejadas en el acta taquigráfica en sólo una carilla y unas 20 líneas más, cuando el texto tendría que haber sido mucho más extenso.

Esto es de especial gravedad, dado que, por vicios adicionales del juicio, que son hábito en los usos del Senado, tanto al momento de alegar los abogados defensores como de hablar el acusado en el momento final, nunca hubo una presencia de senadores que alcanzara siquiera la mitad de los miembros del cuerpo. Escucharon a la defensa entre 17 y 34 senadores. Formalmente se trata al respecto de un vicio autónomo. Pero el Senado parece contentarse con que al *comienzo* del acto (no ya *durante* el acto) haya habido quórum (mitad más uno: 37 senadores). Estos vicios serían purgados, así se piensa, con el acto de registrar en versión taquigráfica todo el contenido de lo expresado. Es decir, que se pretende que el sistema mixto (oral-escrito) sería una tabla de salvación de la validez del acto, producido en sí *en ausencia de la mayoría de los jueces*.

Pero está demostrado por los hechos que las expresiones del acusado fueron reducidas a una carilla en las actas, cuando él expuso un contenido correspondiente a unas 8 ó 10 carillas, como mínimo.

Este vicio adicional fue puesto de manifiesto por la defensa en su presentación “P.119/05”, del 4/10/2005, con el siguiente contenido:

#### **“I. Objeto**

”Que hemos tratado de interiorizarnos del contenido de la versión taquigráfica de la 31.<sup>a</sup> Reunión - 11.<sup>a</sup> Sesión en tribunal - del 22 de septiembre de 2005, en que deberían constar los alegatos íntegros de la acusación y de la defensa y advertimos al menos una drástica reducción del contenido de la exposición que tomó a su cargo el propio acusado, en dicha audiencia. Seguramente se trata de un involuntario error del cuerpo de taquígrafos o de una pérdida de información en el respectivo documento de base informática, o bien, acaso, de alguna otra falla posible de reproducción del acto.

”Por tal motivo, y de modo similar a como hemos procedido en ocasión de solicitar la rectificación de la versión taquigráfica de una declaración testimonial, a lo que el Senado accedió, requerimos que sea controlada la versión taquigráfica de la sesión del 22/9/2005, con las piezas de grabación habidas por los peritos taquígrafos o los videos que contienen la grabación del acto procesal indicado (*infra*, **II**).

”Asimismo, y dado que no podemos recordar en detalle absolutamente todo el desarrollo de nuestros alegatos, y menos aun los de la acusación, solicitamos que se provea a la defensa el material de video grabado el día de aquella sesión, para proceder a constatar con mayor detalle la corrección o eventual falencia de la versión taquigráfica en lo demás que registra (*infra*, **III**).

#### **”II. Falencia ya detectada respecto de la intervención del acusado en la audiencia referida**

”En la parte pertinente a la intervención del acusado *Antonio Boggiano*, la versión taquigráfica apenas contiene una carilla y menos de veinte líneas más, texto que se extiende en total desde la página 52, abajo, hasta la página 54, arriba, cuando, tal como los defensores y el propio acusado recuerdan con precisión, su intervención insumió aproximadamente media hora, que debería haberse reflejado, en el formato existente, en unas ocho o diez páginas, cuando menos.

”La defensa entiende que el acusado tiene derecho a que quede registrado su uso de la última palabra (art. 393, CPPN) en su fiel reproducción, sin mutilaciones. Ello así, a los efectos que hubieren de corresponder y a fin de que, como documento histórico, su intervención quede fielmente reflejada en los anales senatoriales respectivos.

### ”III. Solicitud de copia de grabación de video

”Por lo demás, considerando la defensa que es bien posible que la versión taquigráfica respectiva pudiera tener acaso otras deficiencias, se solicita que sea provista a la defensa una copia de la grabación de video de la audiencia de alegatos, a fin de poder corroborar la fidelidad del resto de la reproducción de los alegatos.

### ”IV. Petitorio

”Por lo dicho, se solicita que:

”a) una vez constatada la falencia señalada por la defensa en el punto II, sea complementada la versión taquigráfica por el momento existente, en la forma que hubiere de corresponder;

”b) sea provista a la defensa una copia de la grabación de video de toda la sesión del 22 de septiembre, a los efectos indicados en el punto III.

”María Angélica Gelli

Marcelo A. Sancinetti”

En suma, la exposición final del acusado (art. 393, CPPN) al menos no fue escuchada en ningún momento por un número suficiente de senadores (por estar ausentes más de la mitad, en ocasiones: 2/3 de ausentes) y tampoco pudo ser leída por nadie, porque fue formalmente suprimida (o drásticamente mutilada) de la versión taquigráfica, de modo que, incluso partiendo de la base —errada como tal— de que la “última palabra” pudiera reemplazar a una declaración indagatoria, en este caso se suprimió también —por error involuntario— la última intervención del acusado, supuestamente sustitutoria de la medida denegada<sup>125</sup>.

## IV. Conclusiones

Se ha demostrado que la restricción de la prueba testimonial a solo 5 testigos, siendo denegados los 9 testigos más importantes, ha producido una lesión al *fair trial* de carácter grave, signada además por la meta de llegar a una decisión que se asemejara al resultado del juicio al ex - juez Moliné O’Connor, sintiéndose en este aspecto, el Senado, incluso, obligado a quebrantar el derecho del modo más

<sup>125</sup> A punto de ser presentado este escrito, la defensa es enterada de que nuestra petición de rectificación del acta taquigráfica ha sido acogida por el Senado, de modo que está constatada la mutilación de la declaración del acusado. Mas, sin perjuicio de la procedencia de tal rectificación, es obvio que no pudo ser leída por los senadores-jueces que se hallaban indebidamente ausentes el día de esa sesión (en ocasiones, dos tercios de ausentes).



similar que pudiera ser. Así se confirma la violación a la garantía de imparcialidad del tribunal (art. 8, párr. 1, CADH), con más una lesión a la garantía de “obtener la comparecencia... de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (art. 8, párr. 2, CADH).

Por otro lado, se ha impedido el ejercicio del derecho a prestar declaración indagatoria cuantas veces lo pidiera el acusado y en cualquier momento del juicio (arts. 303, 378, 380, CPPN), siendo que tal declaración no se produjo ni siquiera una vez, y quiso ser sustituida por la presentación de la defensa técnica (escrita) o la ampliación oral de ésta, previa a la prueba de testigos, mientras que, por otro lado, se remitió al acusado a su posibilidad de “alegar” (lo que en realidad era el ejercicio de la “última palabra” [art. 393, in fine, CPPN]), cuando precisamente su intervención en la sesión del 22/9/2005 no fue oída ni siquiera por la mitad de los miembros del Senado, y la versión taquigráfica suprimió la mayor parte de sus manifestaciones.

## § 9. Violación al debido proceso (*fair trial*) por la falta de fundamentación de la sentencia condenatoria

### I. Planteo de la cuestión: el requisito de fundamentación de las sentencias judiciales, en su aplicación a las sentencias del Senado de la Nación

El H. Senado de la Nación no ha expresado los fundamentos o motivos de la sentencia que impugnamos, lo cual, en las prácticas del Senado, supuestamente derivaría del art. 11.º de su Reglamento para el caso de juicio político.

En lo que sigue hemos de dar un tratamiento equivalente a las expresiones “fundar” (o “fundamentar”) y “motivar” una sentencia, sin perjuicio de que cierta doctrina, tal como lo informa NÉSTOR SAGÜES<sup>126</sup>, haga diferencias entre ambos conceptos, diferencias que el autor citado, con criterio que merece aprobación, sostiene que no es terminante ni rígida, aunque para él pueda resultar atractiva: se habla de *fundar*, para la cuestión *del derecho*, y de *motivar*, para la cuestión *de hecho*. Dado que en nuestro caso no existe *ningún argumento* sobre el que repose la decisión del Senado, la diferencia es irrelevante: la sentencia recurrida *no brinda razones de hecho ni de derecho*, en ese sentido, no está motivada, ni fundada.

No cabe ninguna duda de que la sentencia del Senado, al igual que el juicio público tramitado ante él, está sometida a *las reglas propias de la actividad jurisdiccional*. En efecto, el Senado lleva a cabo un juicio para la determinación de ciertos *hechos* que, en caso de ser verdaderos, tienen concretas *consecuencias jurídicas* para el afectado. Ese carácter *jurisdiccional* de su actuación, tal como es sabido y ya ha sido mencionado, pone al juicio del Senado *en pie de igualdad con un proceso penal*. Así lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su condena contra la República del Perú, ya citada, así lo considera nuestra Constitución al hablar de juicio público y otorgarle al enjuicia-

<sup>126</sup> NÉSTOR SAGÜES, *Derecho Procesal Constitucional*, 4.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 2, p. 145.

miento las características de un proceso judicial, y así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al contemplar, en los precedentes ya mencionados, el control del *respeto por el debido proceso constitucional* y por *los demás derechos que como acusado tiene el imputado en el juicio político*, — control que, en verdad, de acuerdo con el fallo de la Corte Interamericana y la interpretación progresiva de los derechos que es doctrina dominante de nuestra Corte Suprema, debe ser *ampliado y profundizado*—.

La tesis que exige la obligación de fundamentar las sentencias es especialmente aplicable también al Senado de la Nación *rerum natura*, cuando se desempeña como *juzgador* en juicio político. Así pues, si el Senado actúa como *legislador*, basta al respecto con su sola autoridad —dentro de su competencia— y expresa sus decisiones con exposición de motivos o sin ellos; le está deparada a él la decisión de fundar sus leyes o no. La expresión de las razones será siempre bienvenida por ciudadanos, jueces y juristas, pero *no* es una exigencia constitucional. Desde HOBBS se sabe que, en este terreno, *auctoritas, non veritas facit legem*. Eso es indiscutiblemente así en el campo del *ius dare*. Pero si del ámbito de *dar el derecho*, el Senado pasa al del *ius dicere*, que es lo que sucede en el juicio público —en el cual el Senado no crea ni abroga derecho, sino que *comprueba hechos y aplica derecho*—, entonces rige en el enjuiciamiento la máxima *veritas, non auctoritas facit iudicium*<sup>127</sup>. Esto significa que, puesto en *función judicial*, obligado a dictar una *sentencia*, el Senado debe actuar como cualquier otro tribunal, sometido a los límites del *debido proceso*, lo cual incluye su deber de no dictar una mera “decisión de autoridad” y someterse a la obligación de decidir con explicación de los fundamentos tanto *de hecho* como *de derecho* de la resolución, en lo cual resulta extraordinariamente relevante la explicación *jurídica-racional* de las razones por las cuales se acoge la tesis de la acusación y se desecha la antítesis de la defensa, todo ello según el valor que se le deba atribuir justificadamente a las pruebas. Se trata de la actividad de *persuadir* acerca del conocimiento *de los hechos* en los que se basa el pronunciamiento y acerca *del derecho* que se reconoce aplicable a los hechos probados<sup>128</sup>.

Además, la exigencia de *motivar* las sentencias, como se verá más pormenorizadamente más abajo, es aplicada por los tratados del derecho internacional de los derechos humanos, que revisten jerarquía constitucional, *a todo proceso para la determinación de derechos de cualquier naturaleza* (art. 14, párr. 1, PIDCP, art. 8, párr. 1, CADH). Por tanto, también de este modo está exigida la fundamentación de sus sentencias, cuando el Senado actúa *no como legislador*, sino *como tribunal*.

Ya por estas razones la sentencia del Senado está sometida a las exigencias de fundamentación que, como se verá más abajo, se derivan del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Pero, además, se debe mencionar también que ello es consecuencia de la asimilación del juicio

<sup>127</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto A. Ibáñez y otros, 5.ª ed., Trotta, Madrid, 2001, pp. 35 ss.

<sup>128</sup> Cfr. FERRAJOLI, *op. et loc. cit*

político al proceso penal que ha hecho tanto la Corte Interamericana, en el “Caso del Tribunal Constitucional contra Perú”, ya tratado, como nuestra Corte Suprema, al extender los alcances formales del debido proceso al juicio político, así como también el propio Senado lo ha reconocido al establecer, por vía de reglamentación, la aplicación subsidiaria del Código Procesal Penal de la Nación al juicio político.

De modo que esta introducción concluye con la siguiente constatación: la sentencia dictada por el Senado de la Nación en el curso de un juicio público de los arts. 59, 60, CN, está sometida, en general, a *las mismas reglas jurídicas* que cualquier decisión jurisdiccional y, especialmente, a los requerimientos del *debido proceso penal*, en particular: al punto de la exigencia de fundamentación de una sentencia condenatoria.

## II. La obligación constitucional de fundamentar las sentencias

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido categóricamente desde el precedente “Storani de Boidanich”, de 1939 (*Fallos*, 184:137), que deben ser dejadas sin efecto *por arbitrarias* las sentencias jurídicamente inmotivadas, “*fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces*”. Esta descalificación de la actividad de los jueces del caso, que reconoce su antecedente ya al menos en el *obiter dictum* de una sentencia de 1909 (“Rey c. Rocha”; *Fallos* 112: 384) y en otros *obiter dicta* posteriores, se debe, como se señala en “Rey” y en “Storani”, a que “*las actuaciones aparecen realizadas con transgresión de principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, velando por su eficacia en cumplimiento de los altos deberes que al respecto le conciernen*”. La doctrina ha visto en este precedente un argumento autónomo para afirmar la naturaleza constitucional del deber de motivar las resoluciones, que, por vía de proceso y sentencia, restringen o afectan derechos; este deber ha sido reconocido por medio de la descalificación por arbitraria de la sentencia infundada<sup>129</sup>.

Por ello mismo la Corte declaró posteriormente, en doctrina que entretanto se ha vuelto proverbial, que “*un pronunciamiento arbitrario y carente de todo fundamento jurídico no es una sentencia*” (*Fallos* 207:72<sup>130</sup>). Nuestro más alto tribunal ha precisado su doctrina sobre la exigencia constitucional de motivación de las sentencias, a partir del precedente de *Fallos* 236:27: “*La exigencia de que las sentencias judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional*”<sup>131</sup>. A ello añadió también, como fundamento constitucional de lo afirmado, que tales sentencias infundadas lesionan “*la exigencia del adecuado servicio de justicia, que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional*” (*Fallos* 247:176).

Desde 1955 se ha afianzado la tesis jurisprudencial que considera a la arbitrariedad de la sentencia como una lesión normativa de orden constitucional, que

<sup>129</sup> Cfr. GENARO CARRIÓ / ALEJANDRO CARRIÓ, *El Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria*, 3.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 37.

<sup>130</sup> Destacado por nosotros.

<sup>131</sup> *Ídem*.

invalida los pronunciamientos así viciados<sup>132</sup>. Ellos no son otros, especialmente, que los que carecen de fundamentación. Si se observa toda la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre arbitrariedad, se verá que siempre hay, en esos casos, defectos de *motivación de la decisión*, lo cual equivale a *falta de fundamentación*.

En efecto, si se sigue el catálogo de supuestos de arbitrariedad, según la clasificación efectuada por CARRIÓ y CARRIÓ en toda la obra ya citada, veremos que se trata siempre de vicios que conducen a la descalificación de la resolución en razón de que, en definitiva, carece de fundamentación. Así, p. ej., no es otra cosa lo que sucede respecto de —por citar sólo algunos ejemplos— las causales de arbitrariedad llamadas “no decidir cuestiones planteadas” (a partir del caso “Soulas”, de *Fallos* 233:147), “decidir cuestiones no planteadas” (desde el precedente “Green c. Salgado”, de *Fallos* 237:328), “dar como fundamentos pautas de excesiva latitud” (a partir de la sentencia “Raina”, de *Fallos* 234: 406), “prescindir de prueba decisiva” (supuesto que comienza con el caso “Ibarra”, de *Fallos* 238:200), “invocar prueba inexistente” (a partir del precedente “Scorza c. Lonatex”, de *Fallos* 235:387), “contradecir otras constancias de autos” (desde el precedente “Herrera c. Ceballos”, de *Fallos* 234:700), “sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas” (doctrina que se inicia con la sentencia “Storaschenco”, de *Fallos* 236:27), “dar un fundamento sólo aparente” (a partir del caso “Passarella c. Croce”, de *Fallos* 240:299), “incurrir en autocontradicción” (desde el *leading case* “Horacio Alonso”, de *Fallos* 261: 263) o exhibir, en fin, una “ausencia palmaria de fundamentos” (sentencia de *Fallos* 296:177).

Esta tipología de la arbitrariedad, mantenida inalterada en la jurisprudencia de la Corte —que una y otra vez ha vuelto a aplicar hasta la fecha, en un sinnúmero de ocasiones, los criterios de los precedentes mencionados—, demuestra que el *núcleo* básico de la descalificación de las sentencias involucradas es la *ausencia de fundamentación*, en tanto que la motivación de las decisiones que privan de derechos a las personas es una exigencia constitucional. De ello se infiere sin dificultad que, en nuestro orden jurídico, no es admisible una decisión de poder que a título de sentencia afecte derechos por vía de su cancelación o por vía de sanción. Nuestra Constitución no tolera sentencia infundada alguna, sea porque la motivación sea *defectuosa*, sea porque *falte completamente*, pues la defectuosa no reemplaza la exigida: siempre faltará la motivación, que es el requisito de validez de las sentencias que aquí interesa.

Queda claro así el carácter constitucional de la obligación de fundamentar las sentencias.

En palabras de PALACIO<sup>133</sup>, “*la posibilidad de descalificar una sentencia judicial por razón de arbitrariedad reconoce fundamento en la garantía constitucional de la defensa en juicio. Porque ésta no importa sólo la facultad de accionar y de contradecir, así como la de alegar y probar en apoyo de los derechos invocados, sino también el derecho de obtener el pronunciamiento de una*

<sup>132</sup> Cfr. LINO PALACIO, *El Recurso Extraordinario Federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 221.

<sup>133</sup> Cfr. PALACIO, *op. cit.*, pp. 222 s.

sentencia que, haciéndose cargo de las alegaciones y de las pruebas, configure una respuesta válida a los requerimientos de las partes, o sea un adecuado «amparo» judicial de esos derechos que no concurre, como es obvio, en los casos de arbitrariedad”.

Por su parte, DÍAZ CANTÓN<sup>134</sup> señala que “la exteriorización del razonamiento permite el control de la corrección sustancial y de la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución Nacional (art. 18) para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio”. Este autor señala que, de lo contrario, el cuerpo jurisdiccional que no funda sus decisiones no pasaría de ser un tribunal de presunciones<sup>135</sup>.

Con apoyo en SAGÜES<sup>136</sup>, podemos decir que la obligatoriedad de la fundamentación de las sentencias es actualmente un principio constitucional que ha sido justificado por la jurisprudencia y la doctrina en los argumentos principales que siguen:

a) la mención de “**sentencia fundada en ley**”, del art. 17, CN, para los juicios patrimoniales;

b) la mención del “**juicio previo fundado en ley**”, del art. 18 CN, para los procesos sancionatorios;

c) el Preámbulo de la Constitución, en tanto exige “**afianzar la justicia**”, algo que sólo es posible si los tribunales de justicia dan las razones de sus decisiones;

d) el **sistema republicano** instaurado por el art. 1.º, CN, pues de otro modo no se podría controlar si la actividad jurisdiccional se ha limitado a reconocer hechos y aplicar derecho;

e) el derecho de **defensa en juicio** del art. 18, CN, que no es respetado por una sentencia *infundada*, pues ella no contrasta las alegaciones *defensivas* y las pruebas *de descargo*, ni las argumentaciones *jurídicas*;

f) el **debido proceso (fair trial)**, arts. 18 y 33, CN (art. 8, párr. 1, CN), en tanto *no sería tal* un juicio cuya conclusión, la sentencia, fuera inmotivada;

g) el **principio de legalidad**, art. 19, CN, en tanto que la sentencia **infundada** vulneraría derechos o impondría deberes **no fundados** en la ley; y

h) el **principio de razonabilidad**, art. 28, CN, en razón de que una sentencia *sin fundamentos* nunca sería una derivación *razonada* del derecho vigente.

A modo de conclusión, y en resumen, sobre la obligación constitucional de motivar las sentencias podemos decir —con las palabras del precedente de V. E. “Passarella c. Croce” (Fallos 240:299)—, que “**las sentencias judiciales deben ser fundadas, pues es principio con base constitucional en la garantía de la de-**

<sup>134</sup> Cfr. FERNANDO DÍAZ CANTÓN, *La motivación de la sentencia penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 107.

<sup>135</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, *op. cit.*, p.103.

<sup>136</sup> Cfr. SAGÜES, *op. cit.*, pp. 130 ss.; pp. 156 ss

*fensa en juicio que los fallos de los jueces sean aplicación razonada del derecho vigente, y excluye la solución de las causas sin otro fundamento aparente que la expresión de la voluntad de los magistrados*<sup>137</sup>.

### III. La conexión entre la fundamentación de la sentencia y el principio del Estado constitucional de derecho

La elección de nuestra Constitución Nacional de exigir la motivación de las sentencias se corresponde con una ideología que está unida al Estado de derecho, como la sombra al cuerpo. Justamente ha sido el pensamiento de la Ilustración el que, al alzarse contra todo ejercicio abusivo de poder público, pergeñó la obligación de fundar las sentencias como garantía de una aplicación de derecho —y, por consiguiente, de poder— racional y jurídicamente controlada y controlable. En ello reside la grandeza de la fundamentación de las decisiones que afectan derechos y éste ha sido históricamente el servicio prestado por la motivación de la sentencia al Estado constitucional de derecho<sup>138</sup>.

Al respecto se quejaba VOLTAIRE en forma de pregunta, cuando buscaba sin éxito los límites a la autoridad y cómo resolver las contradicciones de la jurisprudencia, diciendo “*en fin, ¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿Hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?*”<sup>139</sup> Por ello, tal como lo ha indicado DÍAZ CANTÓN, el paso del Estado absoluto al Estado constitucional de derecho es el paso de la ausencia de toda motivación a la exteriorización de las razones que dan fundamento a los fallos<sup>140</sup>.

De este modo, la obligación de *motivar las sentencias* aparece en el derecho positivo, ya durante el Despotismo Ilustrado, a partir de la *Pragmática* de Fernando IV de 1774, para pasar después al art. 3 de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI (1788). Con la Revolución Francesa la obligación se plasmó en las leyes del 24 de agosto y del 27 de noviembre de 1790, para desembocar finalmente en el art. 208 de la Constitución de 1795. De allí pasó a la codificación napoleónica y por su conducto a todo el derecho continental y a los sistemas jurídicos que han sido basados en dicho modelo de legislación codificada<sup>141</sup>.

Por ello, quien es sin duda el teórico europeo más destacado como pensador del Estado constitucional de derecho, el hoy profesor en Roma, LUIGI FERRA-

<sup>137</sup> Destacado por nosotros.

<sup>138</sup> También se ha dicho que “Aunque no lo exige expresamente la Constitución, la sentencia debe ser fundada pues ello constituye un deber del estado de derecho, en el que todos los actos deben sostenerse lógicamente en razones compatibles y armónicas con las decisiones que se adoptan, máxime si de ellas se siguen responsabilidades específicas aunque sean de orden político”. Cfr. MARÍA AGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*, 3.ª ed., ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, análisis del art. 59, CN, p. 594 (del mismo modo en las ediciones anteriores de esta misma obra: 1.ª ed., 2001; 2.ª ed., 2003).

<sup>139</sup> En su recensión de la obra de BECCARIA denominada *Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un abogado de provincias*, de 1766 [comentario publicado en CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Altaya, Barcelona, 1994; la cita puede ser vista en p. 159.

<sup>140</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, *op. cit.*, p.101.

<sup>141</sup> Al respecto, con más detalles, FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 622 s.; DÍAZ CANTÓN, *op. cit.*, pp. 100 ss.

JOLI, enseña que la garantía que funciona como cláusula de cierre de un sistema de resolución de controversias racionalmente regido por el derecho “es la obligación de la *motivación* de las decisiones”<sup>142</sup>.

Conviene ahora transcribir las reflexiones centrales de este autor sobre el principio que sienta la obligación de *reddere rationem* de las decisiones judiciales:

“Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *estricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria. Es por la *motivación* como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la «validez» de las sentencias resulta condicionada por la «verdad», aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el «poder tan inhumano» puramente potestativo de la justicia del *cadí*, sino que está fundado en el «saber», también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y su defensa como por la sociedad. Precisamente, la *motivación* permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de la ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas.

[...]

“La presencia y, sobre todo, la exposición al control de la *motivación* gracias a su forma lógica y semántica tienen por consiguiente el valor de una discriminación entre métodos procesales opuestos y, como reflejo, entre modelos opuestos de derecho penal: entre lo que Carrara llamaba «convicción autocrática» porque estaba basada en la «mera inspiración del sentimiento» y la «convicción razonada», por haberse expuesto las «razones» tanto jurídicas como fácticas y, en consecuencia —según la alternativa enunciada desde el comienzo de este libro—, entre cognoscitismo y decisionismo penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo.

[...]

“Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la *motivación* tiene también el valor «endo-procesal» de garantía de defensa y el valor «extra-procesal» de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial”<sup>143</sup>.

Se puede ver así un doble punto de conexión en torno de la *motivación* de los pronunciamientos del poder público que restringen derechos de las personas. Por un lado, una conexión entre la *motivación* y los fundamentos del Estado constitucional de derecho. En este sentido, sólo está limitado *por el derecho* el Estado que, al dar razón (*reddere rationem*) de sus decisiones, permite conocer si el derecho ha sido respetado por ellas, entendiéndose por derecho una toma de deci-

<sup>142</sup> Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 622.

<sup>143</sup> Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 623.

sión, caso a caso, correspondiente a lo indicado por las pruebas de la causa y las prescripciones de los preceptos aplicables. Por otro lado, la conexión está establecida entre el pensamiento ilustrado que dio origen al Estado constitucional del derecho, ejemplificado en VOLTAIRE, y el pensamiento actual, ejemplificado en FERRAJOLI. Así pues, la motivación de las decisiones públicas que afectan derechos subjetivos debían, deben y deberán *expresar sus motivos*, si es que se trata, en suma, de un Estado constitucional *de derecho*.

#### **IV. El derecho internacional de los derechos humanos y la obligación de fundamentar las sentencias**

Hoy resulta innegable, como ya se dijo, que existe una obligación constitucional de fundamentar las sentencias. En la reseña de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación arriba invocados, se ha podido ver que ello se desprende de diversos derechos específicamente afectados en los casos concretos (p. ej., la falta de motivación afecta el derecho de propiedad en un juicio de contenido patrimonial y el derecho a la libertad en un proceso penal, así como también, en su caso, a la honra de la persona humana), pero se vio también que una sentencia sin fundamentos afecta en general el *derecho de defensa* y el *debido proceso*.

Igualmente, la exigencia de motivación de las sentencias se puede extraer también de los catálogos internacionales que contemplan los derechos fundamentales de las personas y que entre nosotros tienen jerarquía constitucional (los tratados enunciados en el art. 75, inc. 22, CN). Si bien no encontramos en ellos una mención expresa al deber de motivar, como tampoco en la Constitución, ello se desprende implícita pero categóricamente a partir de los argumentos siguientes:

1. El debido proceso, propio de toda persona sometida a la sustanciación de un proceso penal o de un juicio referido a la determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier naturaleza (art. 14, párr. 1, PIDCP, art. 8, párr. 1, CADH) no sería tal si no se exigiera una sentencia *fundada* que acoja razonadamente los argumentos y probanzas de la acusación al desaprobar, por el mismo método, las refutaciones de la defensa. De otro modo no tendría virtualidad el derecho del imputado a defenderse, ofrecer y producir pruebas, interrogar testigos, alegar, etc. (PIDCP, art. 14.3; CADH, art. 8.2).

2. El derecho del imputado a que se presuma su inocencia (art. 14, párr. 2, PIDCP, art. 8, párr. 2, CADH) únicamente puede ser eficaz si la sentencia condenatoria que lo neutraliza *da razones suficientes* que justifiquen que, en el caso concreto, la presunción queda desvirtuada. En efecto, para DÍAZ CANTÓN la presunción de inocencia no se agota en su fin prevaleciente de evitar que el imputado sea tratado como culpable antes de la sentencia condenatoria firme, “sino que constituye, a la vez, un resorte que impide al Estado considerar culpable y condenar a una persona hasta tanto sea *probada y demostrada* la verdad de esa imputación [...]. La *demostración* de la imputación supone que la convicción a que llegue el juez a partir de los elementos probatorios se forme —o al menos se justifique— a través de inferencias legítimas. Y la única forma de controlar la



legitimidad de dichas inferencias es, precisamente, frente a una motivación expresa donde quede reflejado ese razonamiento<sup>144</sup>. De este modo, la presunción de inocencia sólo puede ser legítimamente vencida no por una sentencia condenatoria *per se*, sino por una sentencia condenatoria *fundada*.

3. La *publicidad* de las sentencias (art. 14, párr. 1, PIDCP: “toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública”) supone necesariamente que las sentencias sean *fundadas*; de otro modo se regresaría a la práctica premoderna de llevar a cabo *procesos secretos* decididos con *fundamentos secretos*, pero con *ejecuciones públicas*. La regla jurídica citada se previene justamente de ello y exige que los fundamentos de las sentencias sean públicos, por lo cual resulta evidente que exige también, en consecuencia, *la obligación de motivar* las decisiones de carácter judicial o seudojudicial, que afecten derechos de las personas.

4. El derecho a recurrir el fallo (art. 14, párr. 5, PIDCP, art. 8, párr. 2, inc. *h*, CADH) presupone indispensablemente que el fallo exteriorice en forma expresa *sus razones*, pues de lo contrario *el derecho al recurso* acordado carecería de todo contenido.

Estas razones demuestran que también el derecho internacional de los derechos humanos, de jerarquía constitucional, reconoce la obligación de fundamentar las sentencias.

#### V. La obligación de fundamentar las sentencias en el derecho procesal penal en particular

La opinión mayoritaria considera que el derecho procesal penal impone la obligación de motivar las sentencias<sup>145</sup>. Contra ello se deja oír únicamente la voz de JULIO MAIER, pero este autor que se refiere sólo al carácter *constitucional* de tal obligación. Para él, al establecer el juicio criminal por jurados, la Constitución supuso una decisión *sin fundamentos* y, por consiguiente, no podría existir una obligación *constitucional* de fundar las sentencias penales o equivalentes<sup>146</sup>. Sin embargo, esta posición aislada no es relevante para nuestra discusión, por *dos* razones. En primer lugar, porque su razonamiento se funda exclusivamente en el juicio *por jurados*, así que todo juicio que no es estrictamente *de jurados* (pues el juicio político es llevado a cabo no por ciudadanos seleccionados *ad hoc* sólo para el caso, sino por jueces predeterminados: los senadores de la Nación) está alcanzado por la obligación constitucional de fundamentar las sentencias, tal como se ha explicado *supra*, II. En segundo lugar porque la interpretación *progresiva* de las garantías individuales, intensamente aplicada por nuestra Corte Suprema —especialmente en los últimos años—, ha llevado a que se compatibilice el derecho constitucional a un juicio *por jurados*, con el deber, *para el Esta-*

<sup>144</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, *op. cit.*, p.108 (destacado en el original).

<sup>145</sup> En este sentido, cfr. FERRAJOLI, *op. et loc. cit.*; DÍAZ CANTÓN, *op. et loc. cit.*; CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 425 ss.; FRANCO CORDERO, *Procedimiento Penal*, Temis, Bogotá, 2000, t. II, pp. 284 ss.

<sup>146</sup> JULIO B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 483 s.

do (derecho del imputado), de *las sentencias condenatorias sean fundamentadas*. Ello se puede ver en el moderno jurado español, seguido entre nosotros por una ley reciente de la Provincia de Córdoba, que impone a los jurados el deber *de motivar* sus decisiones.

Más allá de ello, todas las legislaciones procesales —también el Código Procesal Penal de la Nación— prescriben, como ya se adelantó, que las sentencias *deben ser fundadas, bajo pena de nulidad* (arts. 123, 404, inc. 2, CPPN).

Así pues, no cabe la menor duda de que, por aplicación del derecho procesal penal es también obligación del Senado, como condición de validez de sus sentencias, expresar los motivos de la decisión. Que el juicio público de los arts. 59, 60, CN, especialmente en caso de que sea aplicada la pena accesoria de inhabilitación, está regido por las garantías propias del derecho procesal penal está fuera de discusión.

#### **VI. Introducción oportuna de la cuestión en el “Escrito de Defensa”, en los alegatos de la defensa y en la “última palabra” del acusado**

Señálase aquí que la defensa impugnó el estilo de decisiones inmotivadas del H. Senado (conociendo el modo en que había sido dictada la sentencia del juicio al entonces juez Moliné O’Connor), ya en su “Escrito de Defensa”, primera oportunidad en que procesalmente pudo hacerlo<sup>147</sup>.

Allí se dijo que si se entendía que el Reglamento del Senado imponía tal forma de juzgar, las disposiciones pertinentes (arts. 10, 11, Regl. cit.) serían inválidas, que el derecho garantista moderno fulmina de nulidad la sentencia infundada.

Asimismo, a la hora de los alegatos, la defensa técnica mantuvo la cuestión, al decir uno de sus letrados:

“Sócrates fue condenado por una mayoría clara, pero relativamente estrecha: 280 votos contra 221, de 501 jueces en total. Allí se estableció la sentencia de culpabilidad por simple recuento de votos, sin fundamentos. *Y aprovecho para introducir una cuestión federal, que está en nuestro escrito, pero quiero remarcar que una sentencia dictada sin fundamento por el Senado o por simple votación sería violatoria a las garantías del acusado y habilitaría también un recurso extraordinario*”<sup>148</sup>.

Tal petición expresa fue también contenida en el pronunciamiento final del propio acusado, al hacer uso de la “última palabra”: “pido que el Senado, si me destituye, dé razones de por qué lo hace”. Estas, o palabras similares, fueron las expresadas por el acusado; si ello no consta en la versión taquigráfica es por el hecho de que ésta ha sido drásticamente mutilada, casi suprimida, vicio que ha

<sup>147</sup> Cfr. “Escrito de Defensa”, Segunda Parte, Capítulo II. § 4, V, a (pp. 90/1, con impugnación de las disposiciones mencionadas). Véase también GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 155/7.

<sup>148</sup> 31.<sup>a</sup> Reunión - 11.<sup>a</sup> Sesión en tribunal - 22 de septiembre de 2005, versión taquigráfica oficial, alegato de M. Sancinetti, p. 40 s. (bastardillas agregadas).

motivado una presentación específica de la defensa ante el Senado (“P.119/05”, del 4/10/2005), a fin de que se produzca una rectificación de los registros, así como también tal irregularidad informa un agravio autónomo de este recurso, por su incidencia sobre la cuestión de las “restricciones probatorias” (al respecto, *supra*, § 8).

## VII. Agravamiento de la cuestión por la resolución del juicio según intereses políticos, prescindiendo del derecho

Si todo lo dicho fuese insuficiente para que un juez renuente a acoger la nueva doctrina garantista sobre el deber de fundamentación de las sentencias condenatorias en causas penales se forme la convicción categórica de que la sentencia recurrida, por la que fue destituido el juez Boggiano es *inválida* por falta de fundamentación (arbitrariedad), de cualquier modo incluso un juez de esa índole ya no podría convalidar una sentencia que no sólo no está fundamentada en derecho, sino que sus jueces se manifiestan con antelación contrarios a resolver el caso según *el derecho y la justicia* (la “juridicidad”) y se proclaman además decididos a hacerlo según *razones de conveniencia política*.

Ya la proclama de los senadores-jueces no sólo de que no fundamentarán la sentencia, sino que no juzgarán el caso con arreglo al derecho, sino a la política, descalifica de por sí la sentencia, pues el acusado tiene derecho a una decisión justa.

He aquí, primeramente, las proclamas de senadores-jueces integrantes de partidos aparentemente opuestos, pero que hicieron conjunción en este juicio, dejando de lado el derecho en pos de confesados intereses políticos.

Tales proclamas políticas se inician, en la sesión del 22/6/2005, cuando se discutiría la suspensión del juez Boggiano de sus funciones en la Corte Suprema y primeramente fueron rechazadas todas las excepciones previas de la defensa por ser “manifiestamente improcedentes” (sin dar para ello el menor argumento, rechazo “*in limine*”). Dijo en efecto, a ese respecto, la senadora-jueza *Fernández de Kirchner* (Provincia de Santa Cruz):

“...siempre pienso qué simple y sencilla sería la vida de la humanidad, si no existiéramos los abogados, que tenemos esa vocación casi estructural —diría yo— de complicar y enredar las cosas. La humanidad sería mucho más feliz; estoy convencida<sup>149</sup>.

”[...]

[Con ello se anticipaba que las argumentaciones de los abogados quedarían completamente de lado, y poco después diría la misma senadora-jueza lo siguiente:]

”[...]

”Pero esto no fue responsabilidad de los políticos, sino de magistrados y seguramente algún académico de los que nunca faltan para fundamentar las cosas que se hicieron en este país y, de esa manera, se dieran las situaciones que vivimos.

<sup>149</sup> Versión taquigráfica de la sesión del 22/6/2005, intervención de la senadora *Fernández de Kirchner*, v. GELLI / SANCINETTI, *op. cit.*, p. 496.

”Digo esto porque considero que cada uno debe hacerse cargo de la parte que le corresponde en esta historia.

”Esto sucede porque algunos creen que la justicia es una religión, y se creen sacerdotes y vestales de dicha religión. Entonces, lo que deben ser principios jurídicos y de justicia devienen en dogma, que es lo que caracteriza a la fe religiosa, lo que está muy bien en el ámbito de la religión”<sup>150</sup>.

El anuncio de *la olímpica prescindencia del derecho* en favor de la política fue perfeccionado poco después, en aquella misma sesión, por el senador-juez Sanz (Provincia de Mendoza), al decir:

“...Tengamos cuidado, porque ***nunca la juridicidad puede reemplazar a la política en la resolución de esto que es un juicio político***

”Cuando hablo de política, no estoy hablando de politiquería; no estoy hablando de las instituciones político-partidarias ni mucho menos, sino que estoy hablando de la política con grandeza, que en mi caso particular, en este tipo de situaciones, la asimilo nada más y nada menos que al sentido común”<sup>151</sup>.

Tales pronunciamientos deben ser contestados con las mismas palabras que usamos en el alegato:

“Se dijo también en aquella sesión del 22 de junio, que algunos creen que la Justicia es una religión y que, entonces, lo que deben ser principios jurídicos y de Justicia devienen en dogma. Quien se expresa así presupone que en algunos casos es legítimo obrar en contra de la Justicia. Sin embargo, no hay ningún caso en el que sea justo actuar injustamente. Por definición, obrar de modo injusto siempre está mal.

”Lo útil, con todo, para la ilustración de todos nosotros y del pueblo de la República, de la idea de que no se trata aquí ni de Derecho ni de Justicia, consiste en mostrar que las cartas de triunfo, entonces, en tanto Derecho y Justicia, están del lado del acusado. Si no fuera así, no haría falta decir que lo jurídico y lo justo no importan. Porque esa tesis presupone el reconocimiento de que este juicio es injusto, contrario a derecho, pero que, así y todo, sirve a ciertos intereses prevalecientes”<sup>152</sup>.

En suma, muy por encima de la prescindencia de toda fundamentación, lo que descalifica la sentencia como acto de cierre de un juicio justo (*fair trial*), se halla además la confesión anticipada de que Derecho y Justicia serán dejados de lado en favor de una política entendida por los senadores-jueces como “política con grandeza”. Pero, como se acaba de decir, no hay ningún juicio justo que pueda dejar de lado a la Justicia como parámetro de sí mismo. Tales pronunciamientos de los senadores-jueces importa de por sí una lesión definitiva al debido proceso (*fair trial*), una confesión de que no se juzgará al acusado con “las debidas garantías” (art. 8, párr. 1, CADH), lo que no puede ser convalidado por la Corte Suprema.

<sup>150</sup> *Ídem*, v. GELLI / SANCINETTI, *op. cit.*, p. 504

<sup>151</sup> Versión taquigráfica de la sesión del 22/6/2005, intervención del senador Sanz, v. GELLI / SANCINETTI, *op. cit.*, p. 527 (la bastardilla y negrita son agregados por los recurrentes).

<sup>152</sup> 31.<sup>a</sup> Reunión - 11.<sup>a</sup> Sesión en tribunal - 22 de septiembre de 2005, versión taquigráfica oficial, alegato de M. Sancinetti, p. 39 s.

Pues si tal procedimiento prescindente del Derecho y la Justicia fuera convalidado, y sólo por votos basados en el poder político quedara intacta una sentencia semejante, la decisión del Senado regiría sólo en el mismo sentido de la condena de Atenas contra Sócrates. Allí, cuatro siglos antes de Cristo, se obraba sobre la convicción de que “el pueblo de Atenas tiene la máxima capacidad sobre todas las cosas de la ciudad y el derecho de hacer lo que quiera”<sup>153</sup>. Sería de lamentar que veinticuatro siglos después, con toda una doctrina desarrollada sobre los derechos fundamentales del hombre, la Corte Suprema reconociera en el Senado de la Nación Argentina “la máxima capacidad sobre todas las cosas de la ciudad y el derecho de hacer lo que quiera”, en quebrantamiento indirecto de la pretensión del art. 29 de la Constitución.

### VIII. Conclusiones

De todo lo tratado en este párrafo surge claramente que el Senado de la Nación debe fundamentar su decisión de destituir a un Ministro de la Corte Suprema de la Nación y de aplicarle una inhabilitación para ocupar cargos públicos por tiempo indeterminado. Ello se basa, como se ha visto, en la propia lógica y en la historia del Estado constitucional de derecho moderno, *liberal e ilustrado*, en el derecho internacional *de los derechos humanos*, de jerarquía constitucional, en disposiciones de nuestra Constitución Nacional, en la jurisprudencia de la Corte y en preceptos específicos del derecho procesal penal.

Además, *sin* sentencia fundada, queda extremadamente en evidencia que el juicio político (como por lo demás ha sucedido realmente en nuestro caso) *no es más que una farsa*. Efectivamente, ¿para qué una acusación con una hipótesis de cargo? ¿Para qué una defensa con refutaciones de descargo? ¿Para qué las pruebas? ¿Para qué los alegatos? ¿Para qué todas las formas? ¿Para qué cualesquiera audiencias o plazo? Todo ello resulta innecesario si, al final, el juzgador no va a emitir su pronunciamiento definitivo *dando razones* de lo resuelto, si no va a fundar *por qué acepta* tal argumento de la acusación o *tal prueba* de cargo, o por qué descarta *todas las razones de la defensa*.

En suma, una sentencia *infundada*, dictada por un cuerpo político puesto en función de juzgar, es inadmisiblemente constitucionalmente en una República con instituciones de calidad. La sentencia infundada del Senado de la Nación es arbitraria al momento de ser dictada por su puro decisionismo, por ser el fruto de la *pura fuerza* (poder y arbitrariedad) *sin ninguna razón*, es decir, todo lo contrario a lo que *jurídicamente está exigido a las autoridades de un Estado constitucional de derecho*. La sentencia es, por ello, inválida, también *de cara al futuro*, porque no puede sostener las consecuencias que por la fuerza impone (la destitución y la inhabilitación). Y es también *arbitraria hacia el pasado*, dado que torna en ilegítimo todo el procedimiento desarrollado en tanto que no ha sido

---

<sup>153</sup> ALEXANDER DEMANDT (comp.), *Los grandes procesos de la historia*, en particular: *Sócrates ante el tribunal popular de Atenas (399 a.C.)*, por A. DEMANDT, Barcelona, 2000, p. 18. [Título original: *Macht und Recht (Poder y Derecho) - Grosse Prozesse in der Geschichte (Grandes procesos de la historia)*, Múnich, 1990.]

más que una remedo de juicio, un simulacro de proceso legal en el que se le hizo creer al imputado y al público que de las razones, las pruebas y los debates iba a surgir *la verdad*, que habría de justificar la racionalidad fundada de la decisión definitiva.

Es por este motivo, también, que la sentencia del Senado debe ser dejada *sin efecto*, por *no constituir un pronunciamiento válido*.

La lesión al *fair trial* se agrava si se repara en que, además de no fundamentar la sentencia, los senadores-jueces advirtieron que, al juzgar el caso, dejarían de lado el Derecho y la Justicia, en pos de la política.

## § 10. Violación al principio de división de poderes por haber sido juzgado el juez por el contenido de su sentencia en una causa judicial

### I. Planteo de la cuestión

Se trata aquí de otra cuestión capital en el contexto de las defensas aducidas desde el inicio por el juez Boggiano, cual es el hecho de que el criterio aplicado por un juez en la sentencia dictada por él en una causa judicial es sin más ni más, *en principio, una materia ajena a la posibilidad de juicio político*. Lo que denominamos: “juicio por el contenido de la sentencia”.

Nuestra tesis reza: para que una decisión judicial pueda ser materia de imputación como “mal desempeño” en un juicio público de los arts. 53, 59, 60, CN, se requiere que se trate de un caso de *prevaricación* (quebrantamiento consciente del derecho) o bien que la decisión judicial del caso, *vista objetivamente y por criterios jurídicos científicamente contrastables*, **no admita ninguna convalidación** por ninguno de los criterios jurídicos aceptables por la comunidad de juristas en cierta época.

Ahora bien, si la Cámara de Diputados acusa a un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *precisamente por una decisión judicial* —por tanto, por una cuestión en principio *ajena* a la competencia de ambas cámaras del Poder Legislativo—, esto sólo podría hallar justificación si la eventual sentencia destitutoria fuera revisable, a su vez, precisamente por aquel poder del Estado señalado por la Constitución como *en principio único competente* para decir el derecho con fuerza de verdad legal, o sea: el *Poder Judicial*.

Dicho de otro modo: si bien aquí se parte de aceptar la distinción establecida por V.E., a partir del precedente “*Nicosia*”, y posteriores, en el sentido de que una sentencia del Senado sólo es revisable, en principio, por la Corte, en recurso extraordinario, en lo que se refiere a las violaciones habidas al *debido proceso*, al *juicio justo (fair trial)*, y *no respecto de la configuración de las causales* en sí mismas, tal principio debe sufrir una *excepción*, a su vez, cuando el objeto de la imputación es una *sentencia judicial*.

Esto tiene el siguiente fundamento: Si se declarara sin más ni más siempre imposible de juzgar por el Senado una sentencia judicial, se podría crear un vacío de control funcional para los casos de prevaricación o notable apartamiento del derecho por manifiesta incompetencia en la materia. Por ende, en algún campo

tiene que ceder el principio de que la actividad jurisdiccional como tal es ajena al conocimiento del Senado. Pero, por eso mismo, *en ese mismo campo también tiene que ceder el principio de que un recurso extraordinario ante la Corte contra una sentencia del Senado no pueda referirse a la configuración de la causal en sí*, pues cuando la materia es *en principio propia del Poder Judicial*, éste tiene que ser el intérprete final de la cuestión de *si cierta doctrina jurídica* aplicada a una sentencia es sostenible *por algún criterio vigente en la ciencia del Derecho*.

## II. El principio general de la imposibilidad de juzgar a un juez por el contenido de sus sentencias

1. En principio y en general, la interpretación que los jueces hagan de las normas jurídicas y de sus propios precedentes en las sentencias que emitan —sobre todo en el ejercicio del control de constitucionalidad— y el criterio u opiniones vertidos en sus fallos están directamente relacionados con la *independencia e imparcialidad* en la función de administrar justicia.

Ello exige que los magistrados no se vean expuestos al riesgo de ser enjuiciados por esas razones, siempre que las consideraciones vertidas en sus sentencias no constituyan delito o no traduzcan un patrón de incompetencia funcional tan grave que justifique la evaluación de la sentencia como objeto de análisis jurídico<sup>154</sup>.

Por otro lado, el art. 14, último párrafo, de la ley 24.937 estableció —bien que respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Magistratura sobre los magistrados—, que queda asegurada en el ejercicio de esa competencia la garantía de *independencia de los jueces en materia del contenido de sus sentencias*. Acerca de la cuestión, la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura sostuvo que la norma mencionada asegura imperativamente la independencia de los magistrados y encuentra fundamento en la doctrina según la cual *la interpretación de normas jurídicas es un resorte exclusivo de los jueces de la causa*<sup>155</sup>.

Aunque la ley 24.937 no dispuso lo propio respecto de la competencia para *remover* a los jueces, va de suyo que se aplica, al proceso de destitución, similar límite que a aquella potestad disciplinaria, porque la garantía de *independencia*

---

<sup>154</sup> Cfr. considerando 9° del voto de la mayoría, con cita de *Fallos* 274:415, en “*Bustos Fierro, Ricardo*” JEMN. (26/4/2000) En el caso se imputaba al juez las causales de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones y presunta comisión del delito de prevaricato cometido en los autos “*Carbonetti, Domingo Ángel, Partido Justicialista Distrito Córdoba C/Estado Nacional y Convención Constituyente s/acción declarativa de certeza*”. La demanda se había promovido a fin de eliminar los impedimentos constitucionales que prohibían una nueva candidatura a la presidencia de la Nación del entonces presidente Carlos Saúl Menem. Aunque las normas constitucionales que correspondía aplicar al caso de la reelección presidencial que se pretendía eran, a nuestro juicio, bien claras en sentido contrario a la petición —incluida la disposición transitoria novena, sancionada para que no hubiera lugar a dudas al respecto— el Jurado de Enjuiciamiento, por mayoría, rechazó las causales de remoción, ordenó reponer al magistrado suspendido en sus funciones e impuso las costas al Fisco.

<sup>155</sup> Cfr. dictamen 57/00 de la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura en el Expte. 460/99, caratulado “*Bova, Carmelo c/ doctores Julio Víctor Revoredo, Jorge Jaime Hemmingsen y Alberto Ramón Durán*”.

en los criterios jurídicos de decisión deben asegurarse siempre, más aun cuando su no aseguramiento devendría en la destitución de un magistrado, es decir, en el apartamiento de un juez de la función para la cual la Constitución le condeció — no sólo ni primordialmente en su propia protección, sino también y sobre todo en salvaguarda de los justiciables— inamovilidad en su cargo.

Tampoco, en principio y en general, el *error judicial* constituye causal de remoción de los magistrados, pues la tarea de juzgar no se encuentra exenta de tal posibilidad<sup>156</sup>.

2. La alternativa contraria, de examinar el desempeño de los magistrados por la *interpretación del derecho* que ellos hagan en sus sentencias —a excepción de los supuestos arriba indicados—, afectaría la independencia de los jueces, la libertad y autonomía de criterio con la que deben resolver las causas llegadas a su conocimiento y se los sujetaría a la presión o amenaza del poder político o de intereses sectoriales que pudieran incidir en su destitución por tal o cual sentencia. Debe tenerse en cuenta, además, que, al aplicar el derecho, el juez lo *interpreta*; mas, *la interpretación*, en todos los casos, implica optar entre alternativas posibles más o menos acertadas, pues ella *siempre encierra una dosis de decisión*. En ocasiones, lo que para unos constituye un error insostenible, para otros significa una línea interpretativa novedosa que abre camino a los cambios sociales.

El principio de la división de poderes, y la independencia del Poder Judicial respecto del poder político que ella implica, sólo podría estar asegurada si el enjuiciamiento de un juez por el contenido de sus sentencias se sometiera a la estricta exigencia de que su criterio fuera *inadmisibile para todo análisis jurídico serio*, confrontando todos los métodos posibles de interpretación. De otro modo, los ciudadanos, especialmente en sus disputas contra el Estado, quedarían a merced de que sus demandas contra él sufrieran de una *capitis deminutio*, pues al juez, personalmente, siempre le resultaría más seguro que el juicio fuese ganado por el Estado, lo que terminaría con la garantía de los justiciables a una sentencia justa, dictada por un tribunal *independiente e imparcial*.

### III. La excepción por decisión inadmisibile y la necesidad de que tal excepción sea a su vez revisable por el Poder Judicial

Ahora bien, si la posibilidad de que un juez sea juzgado por sus sentencias sólo puede ser admitida *como excepción*, ya por el hecho de que el objeto de la imputación a resolver por un órgano del Poder Legislativo *es, en principio, una materia propia del Poder Judicial*, entonces, la decisión que tomase el H. Senado al fallar el juicio político sobre esa cuestión jurídica tiene que quedar someti-

<sup>156</sup> El eventual error de derecho está previsto en el sistema judicial y, para remediarlo, existen las vías recursivas *que correspondan* a fin de revisar y enmendar, si fuere menester, las decisiones erradas de los magistrados o de reparar los daños causados por tales errores. En ese sentido, p. ej., la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoció que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial...” (art. 10, CADH).



da, a su vez, a la revisión del órgano supremo de aquel poder que *es, en principio, el señalado por la Constitución para declarar el Derecho*.

Si se une el vicio de que se trata de una imputación por funciones estrictamente *judiciales* al vicio de que la sentencia del H. Senado *no está fundamentada* (v. *supra*, § 9) se llega a la siguiente situación:

Al juez acusado se le imputaba haber resuelto *mal* el tratamiento de un recurso de queja, pues, supuestamente —de esa base partía la acusación— el juez tendría que haber votado *por abrir* el recurso de queja, en lugar de *por rechazarlo*. Contra tal imputación, artificialmente dividida en múltiples cargos por un procedimiento viciado a su vez de *nulidad parcial* —más allá de la nulidad *total* (al respecto, *supra*, § 7)—, la defensa ha desplegado toda clase de argumentos para demostrar *lo inobjetable del comportamientomiento del juez en la causa de referencia*. Pero: ¿para qué sirve el ejercicio del derecho de defensa —indebidamente restringido, en el caso, por diversas vías (al respecto, *supra*, § 8)— si el Senado pondrá a votación los cargos sin controvertir ni uno solo de los múltiples argumentos de la defensa?

Por ende, sólo queda una posibilidad constitucional, es decir, en la línea de respetar *el Derecho*: a la Corte Suprema le cabe ahora analizar si el voto del juez Boggiano en la causa “Meller” era jurídicamente admisible o no. Si *lo era*, la sentencia del Senado debe ser revocada por representar el ejercicio irrazonable y abusivo de revisión restrictiva, por el Poder Legislativo, de las sentencias judiciales.

Seguidamente se hace un resumen de las razones por las cuales el voto del juez Boggiano en la causa “Meller” no sólo era *fundamentable por algún* método de interpretación posible, sino que contenía el criterio más correcto de todos los esbozados en cada uno de los votos restantes —incluso muy superior al del dictamen del procurador general de la Nación, Nicolás Becerra, por más que, en lo esencial, se correspondiera con éste—.

#### **IV. La absoluta corrección jurídica del voto del juez Boggiano en la causa “Meller”**

En el presente punto se trata de la exposición sucinta de las razones por las cuales el voto del juez Boggiano fue jurídicamente impecable, lo cual, por las especiales circunstancias del caso, es materia propia de lo revisable por V.E.

Una consideración más detallada de todos estos argumentos, en sus referencias menudas con cada uno de los cargos, puede verse en nuestro “Escrito de Defensa” inicial, en general en Tercera Parte, Capítulo I, pp. 137165<sup>157</sup>, y en particular en Tercera parte, Capítulo II, pp. 167 a 230<sup>158</sup>.

##### **A) El objeto del recurso de queja en el caso “Meller”**

<sup>157</sup> Véase también GELLI / SANCINETTI, *Juicio político, Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 223/266.

<sup>158</sup> Véase también GELLI / SANCINETTI, op. cit., 267/329.

¿De qué se trataba la causa “Meller”, cuando el recurso llega a la Corte?

Se trataba de un recurso de queja por denegación de un recurso extraordinario, que había sido interpuesto por la empresa ENTel contra un laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, en el que este tribunal aclaraba otro laudo anterior, por el que había hecho lugar a una apelación de la empresa “Meller”, contra una resolución de la interventora de ENTel, María Julia Alsogaray, que había suspendido una resolución propia anterior, que reconocía un crédito de \$ 29.000.000 en favor de la empresa “Meller”, fundado en una relación contractual entre la empresa estatal y la privada.

En el laudo principal, *el primer laudo*, de julio de 1999 —que no fue recurrido por ENTel—, el Tribunal Arbitral había hecho lugar a la apelación de “Meller”, declarando extinguida la resolución que había suspendido la resolución anterior. Contra este laudo, la empresa “Meller” presentó una aclaratoria —no la empresa estatal, que no consideró necesitado de aclaración el primer laudo, y que *lo consintió*—. “Meller” entendía que el primer laudo resolvía la cuestión implícitamente, pero que el Tribunal Arbitral debía aclarar ese laudo diciendo ahora *explícitamente* que, entonces, se debía pagar la suma en cuestión, antes reconocida. Así se dictó un *segundo laudo*, **aclaratorio**, en agosto de 1999, que decía que, como era obvio —el Tribunal Arbitral usaba esta expresión (“resulta obvio”)—, recobraba vigencia la resolución inicial que había reconocido el crédito en favor de la empresa “Meller”.

Contra este segundo laudo aclaratorio, la empresa ENTel interpuso recurso extraordinario, que el Tribunal Arbitral denegó por extemporáneo, en razón de que la recurrente habría debido recurrir, en todo caso, *el primer laudo*, que era el que resolvía la cuestión, y que, por tanto, le habría causado el agravio que ahora la empresa quería reparar tardíamente.

## **B) La doctrina legal y jurisprudencial de la irrecorribilidad de los laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas**

Llegada la queja a la Corte Suprema por vía de recurso de queja de ENTel por denegación del extraordinario, ocurría que había una constante e inveterada doctrina de la Corte que siempre había aplicado la solución de la ley creadora y reguladora del Tribunal Arbitral de Obras Públicas; conforme a esta doctrina, contra las sentencias de este tribunal, no había “recurso judicial alguno”. Esta solución legal provenía del art. 7.º de ley 12.910, de 1947, reglamentada por primera vez por el presidente Perón por decreto 11.511/47.

Las palabras originarias de la ley rezaban:

“Este acogimiento implicará automáticamente, la renuncia a toda acción judicial basada en las causas que motivan la presente ley”.

Tal solución se mantuvo en toda la legislación y reglamentación posterior. Este tribunal había sido creado en tiempos de posguerra, para facilitar una solución rápida de las controversias entre el Estado y empresas contratistas. Y, en caso de optarse por esta vía, quedaba cerrada la vía judicial, tanto para los parti-

culares, como para el Estado. Por decreto 1.098 de 1956 se introdujo la posibilidad de un recurso de revisión, para que la propia Comisión Arbitradora pudiera rever un laudo en determinados casos.

La Corte Suprema, en una larga nómina de precedentes, había sentado la doctrina expresa de que, tratándose de una instancia optativa, la opción cierra la vía de todo recurso judicial, incluso el extraordinario, y en el caso “Di Nitto” en particular, dijo además que “la invocación de garantías constitucionales y la doctrina de la arbitrariedad no obvia[n] la ausencia de tribunales de justicia ni autoriza[n] la apertura del recurso”.

### C) El malentendido de que esa doctrina cedería en casos de arbitrariedad, cuando regía a pesar de cualquier cuestión federal

En la acusación de la Cámara de Diputados se ha deslizado el malentendido —en el que incurrió también en su declaración del juicio a Boggiano, un testigo base de la acusación en el primer juicio (testigo Siseles)— de que esa restricción de recurso hacía excepción en casos de arbitrariedad. Lo que implica un error jurídico de gravedad.

Hubo un testigo, en efecto (Siseles), que hizo una descripción muy ilustrativa, que es errada, pero que explica lo que puede haberle pasado a varios observadores y actores de esta causa y que pudo haberle pasado también, a la hora de juzgarla, a muchos senadores-jueces —no se lo sabe a ciencia cierta, por la misma falta de fundamentación de la sentencia del Senado—.

Cualquier abogado sabe, aunque no sea experto en recurso extraordinario, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es un tribunal de última instancia que pueda intervenir en todos los casos; sabe al menos que el recurso extraordinario es una instancia excepcional.

En los casos normales de juicios de contenido patrimonial que concluyen, p. ej., en la ciudad de Buenos Aires en una cámara de apelaciones y en el interior del país en un superior tribunal de provincia, se suele usar la fórmula de que “no hay lugar a recurso extraordinario, salvo casos de arbitrariedad” o bien “no se abre el recurso extraordinario, porque no se advierte arbitrariedad”, etc.

Esta es una fórmula-tipo corriente, y que, en principio —sin uno no entra en matices—, describe en forma relativamente acertada lo que se quiere prescribir con ella. Lo que se quiere decir es lo siguiente: si las cuestiones jurídicas implicadas en el objeto del recurso son todas de derecho común, de derecho procesal o de hecho y prueba, **sin que contengan, pues, ninguna cuestión federal**, entonces, el recurso extraordinario es formalmente improcedente (o inadmisibile), salvo que las cuestiones en principio *no federales* hayan sido resueltas *con arbitrariedad*, porque entonces, la aparición de *esta* arbitrariedad abre la instancia extraordinaria ante la Corte Suprema, porque aparece, *en razón* de la arbitrariedad, una cuestión federal *sui generis*.

Muchas de las personas que han intervenido en este proceso pueden haber estado influidas por la idea —errada, pero al inicio entendible (ya no después de las aclaraciones de la defensa)— de que, entonces, eso también podría tras-

ladarse al caso de recursos contra sentencias del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, es decir, que la regla general de que, contra las sentencias del Tribunal Arbitral de Obras Públicas no hay lugar a recurso extraordinario, podría haber cedido en caso de *arbitrariedad*.

Pero esa traslación es incorrecta, porque, contra el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, no hay lugar a recurso extraordinario, aunque *haya* cuestiones *plenamente federales* implicadas en la causa, p. ej., *la interpretación de una norma indubitavelmente federal*. Aun en ese caso, no había lugar a recurso extraordinario en el sistema de la ley que regulaba este tribunal arbitral (hoy finalmente derogado por decreto del presidente de la Rúa, pero subsistente para resolver ciertos casos aún pendientes).

Ampliase aquí esta idea mostrando cómo el testigo Siseles efectivamente razonó sobre la base de ese malentendido, y acaso de buena fe. Se lo ve en una respuesta del testigo, dada justamente a una pregunta formulada por el propio acusado.

El ministro Boggiano le preguntó en la audiencia testimonial:

— ¿No le parece contradictorio, autocontradictorio, decir que una sentencia es inapelable salvo caso de arbitrariedad?

La respuesta jurídica correcta a esa pregunta habría sido sencillamente: “*sí*, es contradictorio”. Ese fue, justamente, el fundamento del voto del juez Boggiano en la causa “Meller”, y lo que lo llevó a decir que, por eso, no se podía aplicar el precedente “Aion y Natelco” *para abrir* el recurso de ENTel en el caso “Meller”. El razonamiento es: “si digo que no hay recurso extraordinario contra laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas es contradictorio juzgar si hay arbitrariedad o no en sus decisiones, como también sería impropio juzgar sobre cualquier otra cuestión *federal*, por más *federal* que fuese”.

El testigo, sin embargo, en lugar de contestar que *sí*, que es contradictorio, contestó *lo contrario*, y visiblemente influido por la idea concebida para las apelaciones de sentencias de tribunales judiciales ordinarios a que antes nos referimos.

El testigo, inducido en su propio error, dijo lo siguiente:

— Bueno, es la fórmula que siempre utilizó la Corte para resolver estas cuestiones. Dice la Corte, por ejemplo para abrir un recurso extraordinario o no, lo abre en la medida (en) que media arbitrariedad; en el supuesto (de) que no medie arbitrariedad, la Corte no abre los recursos extraordinarios con fundamento en la arbitrariedad; si advierte arbitrariedad abre el extraordinario; si no advierte arbitrariedad, la Corte no abre el extraordinario; dice que no es procedente el extraordinario porque no hay arbitrariedad.

El error de esta respuesta reside en lo siguiente. Contra laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas no había lugar, en el sistema de la ley, a *ningún* recurso. Si el particular recurría a la vía del Tribunal Arbitral, quedaba bloqueada para siempre la vía judicial, tanto para él, como para el Estado, y queda bloqueada *aunque* en la causa se hubieran discutido *muchas cuestiones federales*. La inter-

pretación de normas federales en el seno del Tribunal Arbitral de Obras Públicas era frecuente, porque los contratos celebrados en los más variados ámbitos de los servicios y obras públicas *podían generar toda clase de conflictos con normas de naturaleza federal*.

Pues bien, toda la doctrina de la arbitrariedad consiste en decir, sencillamente, que una cuestión que en principio sería *no federal se convierte en federal*, en razón de una administración de justicia *arbitraria*.

Más que este efecto de *convertir en federal* una cuestión en principio *no federal* no produce la doctrina de la arbitrariedad.

Pero en razón de que contra los laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas no había lugar a “recurso judicial alguno” —ésta era la expresión de la ley—, y que no lo había *aunque hubiera una cuestión federal*, el hecho de que un laudo fuera arbitrario no variaba en absoluto el hecho de que la vía judicial queda bloqueada.

#### **D) Del sistema de inapelabilidad de laudos del TAOP y el primer memorándum (17/11/1999) del secretario de la Corte, Rubén Gorría**

Tal era el sistema ideado por la ley y el sistema que la Corte había mantenido siempre como correcto. Nunca hasta el presente, fue abierto un recurso extraordinario ante la Corte contra laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, aunque muchas veces los abogados de empresas particulares y del Estado recurrieron contra tales laudos. Y por supuesto eran con frecuencia *federales* las cuestiones discutidas, en muchos casos cuestiones de *arbitrariedad*, y aun en casos de arbitrariedad la Corte dijo que eso no habilitaba el recurso extraordinario.

Aunque ésta era una cuestión de *puro derecho*, el desorden intelectual que se había gestado en la causa por vía de una acusación no ilustrada hizo preciso llevar la cuestión al plano de las declaraciones testimoniales.

Así, la defensa interrogó al testigo Rubén Gorría, secretario de la Corte Suprema que había intervenido en la redacción de los memoranda internos de la Corte y en la elaboración de dos proyectos contrapuestos sobre la solución del caso, respondió claramente a una pregunta de la defensa relativa al significado de los precedentes de la Corte, especialmente del precedente “Di Nitto”, de 1986.

La pregunta era la siguiente:

— ¿Se infiere del considerando 3.º [del caso “Di Nitto”] la doctrina de la Corte de la inapelabilidad de los laudos del Tribunal Arbitral?

y el testigo Gorría contestó: “*sí*”.

Y a la pregunta inmediatamente siguiente:

— ¿Y del considerando 4.º, [se infiere] que eso es así incluso en caso de arbitrariedad?,

el testigo Gorría contestó nuevamente: “*sí*”. Dijo “*sí*”.

Esa misma doctrina había sido claramente expuesta por el secretario Gorría en el primer memorándum de secretaría que él había redactado y hecho circular el 17/11/1999.

Después de recordar toda la normativa legal y reglamentaria que determinaba que “los fallos dictados por la Comisión Arbitradora tienen autoridad de cosa juzgada”<sup>159</sup>, lo que había sido declarado así por la Corte en numerosos casos, el secretario Gorría le decía a los ministros:

“La recurrente reconoce la doctrina elaborada por esta Corte Suprema mencionada en el punto anterior, pero sostiene que la misma se trata de un principio general, que debe ceder ante las sentencias arbitrarias como la de autos”<sup>160</sup>.

Y seguía diciendo el memorándum del secretario Gorría:

“El agravio debe desestimarse toda vez que este Tribunal ha establecido expresamente que la invocación de garantías constitucionales y la doctrina de la arbitrariedad no obvia[n] la ausencia de tribunales de justicia ni autoriza[n] la apertura del recurso” (Fallos: 301:1226; 302:934; 308:116 [el último precedente es el de la causa «Di Nitto»])<sup>161</sup>.

Tras esa afirmación, en ese mismo “primer memorándum” (17/11/1999), el secretario Gorría sugiere que “sin perjuicio [de] que debe desestimarse la queja de acuerdo a la doctrina expuesta, se considera prudente analizar algunas cuestiones que, dada la falta de fundamentación de las sentencias del tribunal arbitral y *el monto de \$ 29.000.000* que debería pagar ENTel (e.l.), llaman notoriamente la atención”<sup>162</sup>.

A partir de aquí, surge ya en ese *primer* memorándum la idea de agregar al fallo de la Corte que proponía rechazar la queja por la doctrina de siempre, una suerte de sugerencia de que *de todos modos el Estado podía anular el acto en sede administrativa*.

El proyecto de sentencia de Gorría llegó a tener firma de varios jueces, incluidos los jueces Belluscio, Petracchi y Fayt; en cuanto al juez Boggiano, éste también suscribió el proyecto, pero en el sentido de requerir previamente la opinión del procurador general de la Nación, con la acotación: “ver proyecto de secretaría”.

Tal proyecto inicial de sentencia de la Corte tenía tan sólo dos considerandos:

En el primer considerando se reproducía la doctrina de siempre, con cita del caso “Pirelli”, que era de marzo de 1999; en el segundo considerando, se agregaba que, en realidad: “ni siquiera había un agravio de insusceptible reparación ulterior, puesto que, de acuerdo a lo expresado por la Administración recurrente,

<sup>159</sup> *Primer memorándum* del secretario Rubén Gorría, de fecha 17/11/1999, que acompaña a su proyecto de sentencia de la misma fecha (v. p. 8), con cita del considerando 1.º del decreto 1098/56.

<sup>160</sup> *Ídem*, p. 10.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> *Ibidem* (subrayado en el original).

nada le impediría revocar en su propia sede el acto que considera nulo de nulidad absoluta”<sup>163</sup>.

Dicho de otro modo, la solución que finalmente se tomó por el decreto 431/2003, del presidente Kirchner, surgió quizá del memorándum de secretaría, del 17/11/1999, suscripto por varios ministros.

### **E) El segundo memorándum (6/11/2000) del secretario de la Corte, Rubén Gorriá**

¿Por qué fue abandonada esa solución en la Corte? Por recomendación del propio secretario de la Corte, Rubén Gorriá. Pues, en un memorándum del año siguiente, del 6/11/2000, el secretario entendió que, dado que el Tribunal Arbitral, a juicio del secretario, había “tratado la cuestión de fondo”, “mínimamente”, pero la había tratado —decía él—: “no podría decidirse —conforme se propuso en el proyecto en circulación— que la Administración —en el caso, ENTel— revoque su acto en sede administrativa, ya que, al haberse expedido un Tribunal administrativo sobre el punto, la potestad revocatoria no podría válidamente ejercerse”<sup>164</sup>.

En suma, según este (nuevo) memorándum, el laudo del Tribunal Arbitral podría haber sido nulo, pero no podía ser revocado por la propia Administración.

De allí pasó el secretario Gorriá a proponer la aplicación del caso “Aion y Natelco”, que se había fallado entre ambos memoranda de su autoría (entre el 1999 y 2000), para sugerir una nueva jurisprudencia, entendiendo que, como allí se había dicho que el laudo arbitral, más allá de que no hubiera recurso, *no era arbitrario*, entonces, acaso se podía entrar en el fondo del caso “Meller” por la doctrina de la arbitrariedad.

Es posible que en el precedente “Aion y Natelco”, en el que no se abría la queja y se citaba la doctrina de siempre, reiterada por última vez por entences en “Pirelli”, se haya agregado el aditamento: “... *toda vez que no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte*”, sólo pensando en el caso “Meller”, porque “Aion y Natelco” se resolvió en agosto de 2000 y el segundo memorándum de Gorriá se fechó tres meses después, siendo que contradecía por completo su primer memorándum.

Pero, cualquiera que hubiera sido la intención al insertar esa proposición, lo cierto es que ese agregado era un “*resto indeliberado*”, tal como lo declaraba el voto de Boggiano —fórmula que la acusación descalificó como si en ello hubiera *blasfemia*—. “Resto”, porque sobra; e “indeliberado”, porque no hubo ninguna deliberación concreta respecto de ese agregado, un agregado que, por cierto, era *errado*. A esclarecer esto tendía, entre otros puntos en discusión, la prueba de las declaraciones testimoniales de los jueces de la Corte Suprema cuya realización el

<sup>163</sup> Segundo memorándum del secretario Rubén Gorriá, de fecha 6/11/2000, que acompaña a su proyecto de sentencia de la misma fecha, p. 12.

<sup>164</sup> Considerando 2.º del proyecto de sentencia adjunto al primer memorándum de secretaría, del 17/11/1999.

Senado denegó. Pero está a la vista que era una prueba *conducente para una de las cuestiones discutidas*.

Ocurría, de todos modos, que no era la primera vez que la Corte hacía agregados de esa índole, sobreabundantes, hablando de “no arbitrariedad” del laudo. En el viejo caso “Servente y Magliola”, p. ej., de 1962, la Corte dijo que contra el Tribunal Arbitral no había “recurso judicial alguno” y de todos modos dijo también que por lo demás el fallo apelado *no era arbitrario*.

Pero tales agregados no forman la doctrina de la Corte del caso concreto, el *holding* vinculante del precedente. Para que la formen tienen que ser *determinantes* de la decisión concreta. Tanto en el viejo caso “Servente y Magliola” (de 1962) como en “Aion y Natelco” (de 2000) se afirmaba la *no arbitrariedad a pesar de que se decía que en sí mismo estaba legalmente excluida la posibilidad de recurrir*. Para que una referencia sobre la arbitrariedad habilitara el recurso en la jurisprudencia de la Corte habida hasta entonces y aún hasta hoy, uno tendría que hallar un *caso contrario*, es decir, que se dijera: *sí, se abre* el recurso porque *hay* arbitrariedad. Pero esto *no se dijo nunca* y *no* porque nunca hubiera sido arbitraria una sentencia del Tribunal Arbitral, sino porque prevalecía la decisión de que *no había recurso judicial alguno, aunque hubiera arbitrariedad o cualquier otra cuestión federal*. Esta era la doctrina del caso “Di Nitto”, justamente, firmada también por Fayt y Belluscio: tratándose de una jurisdicción voluntaria, que nació para simplificar contiendas entre Estado y particulares en ciertos contratos, la elección de esa vía bloqueaba la vía judicial, y también el recurso extraordinario ante la Corte, *aunque hubiera arbitrariedad*.

#### F) La solución jurídica del voto del juez Boggiano

Dadas tales circunstancias, el juez Boggiano, que había suscripto en un primer momento el primer proyecto de secretaría de 1999 pero con la petición de que la causa pasase a la Procuración General de la Nación, y suscribió tiempo después, en 2002, el segundo proyecto de secretaría, del año 2000. Ello empero, era claro que la solución del segundo proyecto era opuesta a la del primer proyecto y que, entretanto, había dictaminado el procurador general de la Nación, Nicolás Becerra, en favor de la doctrina de siempre de la inapelabilidad. Así las cosas, el juez Boggiano tomó el estudio del caso por sí mismo, ya no por informes de secretaría, y se ocupó del relevamiento de toda la doctrina de los laudos arbitrales desde los inicios de la Corte Suprema —los que provenían del Tribunal Arbitral de Obras Públicas y los que provenían de otros tribunales arbitrales, grupos ambos que, en cada caso, presentaban un estatuto jurídico distinto—.

Y entonces el juez Boggiano advierte:

1.º) Que, por un lado, decir que no hay recurso y a la vez juzgar sobre *la supuesta arbitrariedad*, sobre *cualquier otra cuestión federal* o aun sobre cualquier otro contenido de la sentencia *es* contradictorio: Si *no hay recurso, no lo hay*, aunque hubiera arbitrariedad, tal como se había dicho en la causa “Di Nitto”.

El considerando 12.º del voto de Boggiano, en efecto, empieza así:



“Que, empero, no es posible negar la revisabilidad de los laudos arbitrales y, a la vez, afirmar que puede revisarse su arbitrariedad sin caer en flagrante contradicción”<sup>165</sup>.

La acusación le imputaba al juez Boggiano *no haber dado razones* de por qué no aplicó el precedente “Aion y Natelco”. Pero *esa frase da* el fundamento, que, además, es manifiestamente correcto. Quien creyera que *no* estaría razonando sobre la base del malentendido de que la proscripción de todo recurso impuesta por la ley hacía excepción en caso de cuestión federal, lo que no era verdad. Por otra parte, “Aion y Natelco” contenían el agregado de “falta de arbitrariedad” como *obiter dictum*, porque el recurso de todos modos era denegado también por fuerza de la doctrina de la irrecurribilidad. Para decir que se prescinde de un precedente, hay que mostrar que el precedente imponía la apertura del recurso (p. ej., “por arbitrariedad” o “por otra cuestión federal”), que no era el caso de “Aion y Natelco”. La respuesta indubitable, en cambio, se hallaba en “Di Nitto” (falta de recurso aun en caso de arbitrariedad).

Allí estaba, pues, la primera consecuencia *lógica*: en forma contradictoria no se podía razonar. No había recurso y nada más.

2.º) Pero, en segundo lugar, el juez Boggiano también tuvo presente la preocupación de justicia *material* que había llevado al secretario a cambiar de criterio y a la vez la afirmación de dicho secretario de que hacer una sugerencia al Estado de que anulase la resolución de ENTel en sede administrativa *no era posible*, porque la sentencia del Tribunal Arbitral, según el secretario, había entrado, al menos en alguna medida, en el fondo del asunto.

Contra esto, el juez Boggiano entendió que la Corte no debía juzgar acerca de *cómo* o *quién* debería decidir sobre la eventual *nulidad* del laudo; que tal cuestión debía quedar deparada a la evolución ulterior de la causa, sin afirmaciones categóricas. Pues, en efecto, en los considerandos 9.º y 10.º de su voto, el juez Boggiano describe los numerosos casos que habían llegado a la Corte, tras laudos arbitrales comunes, que eran impugnados judicialmente *por nulidad*, en instancias ordinarias, y que luego llegaban a la Corte por apelación de la sentencia definitiva de esos juicios de nulidad: p. ej., el viejo precedente del caso “Sargo”, citado por la acusación como si fuera una pieza incriminante para el acusado, tiene esa misma estructura: no se trataba de un *recurso directo ante la Corte*. Por ello es que el juez Boggiano dejó sugerida la vía de la nulidad, cuando menos en sede judicial, diciendo que el laudo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas en todo caso no sería revisable directamente por la vía del recurso extraordinario ante la Corte, sino en tanto hubiera una previa contienda sobre la nulidad resuelta por el superior tribunal de la causa.

Dice, así, el considerando 12.º de su voto en “Meller”:

“Por consiguiente, cabe concluir que si el laudo arbitral no es revisable directamente por la vía del recurso extraordinario, *sin que medie previa declaración judicial de nulidad*, el laudo apelado es insusceptible de revisión por la vía intentada”<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Voto del juez Boggiano en la causa “Meller” (5//11/2002), considerando 12.º.

Pero: *por la vía intentada* (la pretensión habría corrido acaso otra suerte tras una previa acción de nulidad ante el tribunal competente). Con esto se quiso dejar abierta la posibilidad de que un laudo tal *podiera* ser nulo —sin entrar a juzgar sobre si eso era así o no—, pero que esa declaración, si se hacía en sede judicial, debía serlo por un tribunal de instancia (las cámaras respectivas, en el caso, como con cualquier otro laudo), no por un recurso extraordinario.

### G) Compatibilidad entre irrecurribilidad e impugnación por nulidad

A esta altura, el observador atento podría preguntarse, naturalmente, lo siguiente: Pero ¿cómo se podía fundar la posibilidad de una acción o un recurso de nulidad? ¿No es que por la doctrina de la Corte *no cabía recurso judicial alguno*?

La posibilidad de una impugnación por nulidad ante un tribunal de instancia, punto que a juicio del juez Boggiano no debía ser desarrollado en detalle en el fallo de la Corte, surgiría de lo siguiente: Si bien la ley *específica* del Tribunal Arbitral de Obras Públicas dice que queda excluida toda acción judicial, la legislación procesal sobre laudos arbitrales, *posterior*, en el caso, si bien declara *válido pactar una jurisdicción arbitral, pactar la renuncia a interponer todo recurso y pactar sanciones para el que a pesar de ello quiera recurrir*, también dice que *siempre se considera subsistente, por más renuncia que exista, el recurso de aclaratoria y el de nulidad*.

El interrogante, que no tenía por qué ser dilucidado en la sentencia de la Corte, pero que subyacía al argumento de Boggiano, es el de si debe prevalecer en tal caso la regla “ley especial deroga la general” o, al contrario, la regla “ley posterior deroga la anterior” (criterio de *especialidad* vs. criterio *cronológico*).

Dado que no hay ninguna regla para resolver el conflicto entre las reglas (lo que BOBBIO llama “conflicto de antinomias”), en tales casos el jurista debe dar la respuesta que daría el “hombre de la calle”; tal la solución de BOBBIO: aplicar aquella regla que le daría al caso la solución más cercana a la justicia material<sup>167</sup>.

La Corte no puede sentar reglas propias de una justicia de ocasión: hoy de una forma, mañana de otra, sino elaborar criterios jurídicos rectores que, estructura-

<sup>166</sup> Voto del juez Boggiano en la causa “Meller” (5//11/2002), considerando 12.º (la bastardilla no es del original).

<sup>167</sup> NORBERTO BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de ALFONSO RUIZ MIGUEL, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980, pp. 349 ss., donde se lee: “El segundo conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-especial es antinómica respecto a una norma posterior-general. Aquí la antinomia consiste en el hecho de que, aplicando el criterio de especialidad, se debería dar la preferencia a la primera y, aplicando el criterio cronológico, a la segunda. ¿A cuál de los dos criterios debemos dar primacía? La respuesta no es ya tan segura como en el caso precedente. En la jurisprudencia no faltan ejemplos de la máxima: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Pero no faltan tampoco ejemplos contrarios, casos en los que el conflicto de los dos criterios ha sido resuelto en favor del criterio cronológico y ha sido escogida la norma sucesiva además de general [...]” (p. 362). Tras continuar con el análisis de las dificultades de esta y otras antinomias, BOBBIO concluye: “[...]De esta forma, la respuesta del jurista se une a la del hombre de la calle, con el que hemos comenzado, según la cual entre dos normas incompatibles debe prevalecer la más justa” (p. 364).

dos racionalmente, den la mejor solución a *todos los casos por igual*. En ciertos ámbitos, como en el del *conflicto de antinomias* pueden quedar zonas abiertas. Aplicado al caso concreto, significaba: o bien no había lugar a ningún remedio judicial (*ley especial deroga la general*) o, en todo caso, sólo cabía una impugnación judicial de nulidad ante la cámara respectiva (*ley posterior general deroga la ley anterior especial*); en ninguno de los dos casos podía haber un recurso extraordinario para ante la Corte Suprema, por lo mismo que una impugnación de cualquier otro laudo arbitral no admitiría un recurso directo ante la Corte Suprema.

En conclusión, el régimen del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, así reinterpretado, implicaba en cualquier caso *la renuncia a las acciones judiciales ordinarias de impugnación de sentencias administrativas*; en ese sentido, *no hay recurso judicial alguno* (como decía la ley 12.910 y la jurisprudencia de la Corte). Pero acaso eso no bloqueara la impugnación *por nulidad* del laudo, conforme a la ley procesal nacional, que no permite renunciar también a la impugnación *por nulidad* (al menos por ciertas causales); vía ésta *siempre irrenunciable*, aunque también una vía de requisitos más estrechos que los de las acciones o recursos ordinarios.

Mas todo esto no *podía* ni *debía* ser resuelto en el fallo, sino, solamente, ser insinuado. Tal la solución del voto de Boggiano.

Ya esa misma afirmación implicaba que sobre el fondo del asunto el voto de Boggiano *no decía nada*, sino que, antes bien al contrario, sugería que el laudo habría podido *ser nulo*. De ningún modo, pues, *convalidaba* el laudo, como decía la acusación en el cargo 1 del caso “Meller”. Y no se podía hablar de *convalidación*, justamente porque al comienzo del considerando 12.º del voto del juez Boggiano, como se dijo, él afirmaba que es contradictorio declarar *irrevisable* un laudo —incluso en caso de cuestión federal— y, a la vez, juzgar sobre *su contenido*.

Lo irrevisable —por tautológico que suene— no se puede revisar.

En el voto de los ministros Moliné O’Connor y López de la causa “Meller”, en cambio, sí se *convalidaba* el laudo, en tanto se decía que el laudo no era arbitrario y que el crédito no había sido renunciado. Pero para Boggiano era *incorrecto* expedirse sobre cualquier cosa *de contenido*; tanto en favor de la arbitrariedad, como en contra; tanto por la vigencia del crédito como por su renuncia; etc.

Si el voto de Moliné O’Connor-López hubiera hecho mayoría *con sus fundamentos*, el laudo del Tribunal Arbitral *habría* resultado *convalidado en su contenido*, y probablemente no habría podido ser anulado (ni en sede judicial, ni en sede administrativa). Más allá de que no fuera correcto que el juez Moliné hubiera sido destituido por el contenido de una sentencia, su voto *convalidaba*, en efecto, el laudo del tribunal arbitral. El voto del juez Boggiano, en cambio, ya formalmente no se subsumía bajo el concepto *convalidar*, por lo que el cargo central de la acusación (cargo 1) era conceptualmente *errado*.

#### H) La cláusula de la afectación del “orden público estatal”

En la audiencia de testigos, y luego en el alegato final, el diputado Falú, como miembro de la Comisión Acusadora, quiso *redefinir su acusación*. Introdujo una imputación que *no estaba* en todo el largo y ardoroso texto de la acusación inicial; de pronto dijo que la “convalidación” que en el voto de Moliné había consistido en *negar la arbitrariedad y la renuncia del crédito*, se habría dado en el voto del juez Boggiano, por la frase final del considerando 12.º, cuando dice que si un laudo dictado en una jurisdicción arbitral pactada “afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta a los ojos de esta Corte”.

Tal “cambio de frente” del acusador revelaba algo: se admitía ahora que así como se encaró la acusación inicial, el voto de Boggiano *no* se subsumía bajo el concepto “convalidar” el laudo. Entonces, surgió un nuevo intento: ¿no sería, pues, que eso de la “afectación del orden público” pudiera ser la tabla de salvamento para una acusación incorrecta, infundada y arbitraria?

Pero el concepto “afectación del orden público” no tiene *ninguna relación* con la convalidación *del contenido* del laudo arbitral, ya por el hecho de que, en ese mismo considerando 12.º, el juez Boggiano estaba diciendo que el laudo *podría ser anulado judicialmente*, mas nunca por vía de un recurso extraordinario.

La “afectación del orden público” es una expresión común en el reconocimiento de sentencias judiciales firmes y puede haber tal afectación del orden público, aun cuando la sentencia sea *plenamente correcta* en su contenido; o no haber tal afectación, aun cuando la sentencia sea *incorrecta*. Un ejemplo del primer caso: si una sentencia extranjera hiciera una distribución sucesoria desigual entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, el derecho argentino *actual* no podría hacer ejecutar la sentencia, aunque en sí misma *fuera correcta* conforme al derecho extranjero en que se hubiera fundado la sentencia. Porque pertenece actualmente al “orden público argentino” la no diferenciación entre los derechos sucesorios de unos hijos y otros, tanto como antiguamente pertenecía al “orden público argentino” la solución *contraria*. Se da primeramente este ejemplo, porque es la clase de ejemplos que daba el Dr. Boggiano como profesor de Derecho Internacional Privado; en esa medida, el concepto es paralelo a las llamadas “normas de policía”.

Pero en el considerando 12.º del voto del juez Boggiano, ni siquiera se está pensando en tales casos de *exequatur*, sino en limitaciones *procesales*, es decir, en vicios formales, *externos*. Por ejemplo, si las partes someten a arbitraje una materia que manifiestamente no puede ser deparada a árbitros, porque *no pueden ser objeto de transacción*, la sentencia *no puede ser reconocida* —incluso en el caso de que haya pasado en autoridad *de cosa juzgada*—, en tanto la violación del “orden público estatal” surja ya externamente de la naturaleza de la sentencia.

En el voto de Boggiano del caso “Meller” se dijo *eso*, de que *no* se había alegado la afectación del orden público ni surgía de modo manifiesto a los ojos de la Corte, pensando en un vicio formal, que *pudo haber habido* en el expediente que tramitó ante el Tribunal Arbitral, y que habría podido tornar nulo el laudo; pero,

en primer lugar, *esa* cuestión *no* había sido siquiera insinuada en el recurso, y, en segundo lugar, tampoco era un vicio *manifiesto*, sino necesitado de dilucidación en un juicio de nulidad.

Esto se explica del siguiente modo: Uno de los jueces que había integrado el Tribunal Arbitral —una *jueza*, precisamente—, había dictaminado, durante el trámite del expediente, actuando como abogada del Estado, *en contra* de los intereses de la empresa Meller, en razón de que el crédito —así lo había entendido ella en esa ocasión—, había sido *renunciado*. Pero, entonces, ella estaba formalmente impedida de integrar el tribunal; debería haberse *excusado*. Sin embargo, tras haberse excusado en un primer momento, y a instancias de los otros miembros del tribunal, la jueza integró el tribunal y falló el caso en favor de la empresa Meller. El vicio no residía en ese *cambio* de criterio. El vicio se habría dado aunque la jueza hubiese fallado *en contra de Meller*. Y puede ser que su cambio de criterio fuera correcto a su leal saber y entender; mas *de cualquier modo* era formalmente incorrecto que ella hubiera asumido, en la misma causa, *dos roles* incompatibles entre sí y que la viciaban como jueza imparcial; la contaminaban.

A pesar de eso, tal anomalía no podía ser declarada como violatoria del orden público estatal, porque el art. 757 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al regular el juicio arbitral y las vías de impugnación contra el laudo respectivo, se satisface con la validez de *las firmas de la mayoría*, si uno solo de los árbitros *se rehusara* a firmar, de modo que lo mismo tendría que valer cuando uno solo de los votos *fuese nulo*. Puede ser una solución errada, pero es la solución de la ley, que se podría discutir en un juicio pleno de conocimiento de nulidad, pero ya no como vicio manifiesto. De modo que aquí podría haber habido un vicio formal, para pensar en una “afectación del orden público”, en el sentido del considerando 12.º —que la acusación confundió al final del juicio con una *convalidación*—, si hubiera habido *dos* jueces que actuaran bajo ese vicio o incluso *tres*. Pero, de todos modos, el recurrente no se quejaba de la integración del tribunal. Por ello, formalmente, el apelante no invocaba “afectación del orden público”, en el sentido del considerando 12.º de Boggiano, ni por *ese vicio*, ni por *ningún otro*; y tal afectación del orden público, como dijo Boggiano, tampoco surgía de modo *manifiesto*.

Eso no tiene *nada que ver* con el contenido intrínseco del laudo arbitral, es decir, con su acierto o error. En ese plano, el voto del juez Boggiano no sólo no entró nunca, sino que dijo que era *incorrecto entrar*, más allá de que, por lo demás, insinuara que pudiera haber una acción *de nulidad*, ante un tribunal de justicia de instancia ordinaria, nunca por la vía del recurso extraordinario.

#### **I) El vaticinio del propio abogado recurrente**

Más allá de todo ello, que describe el modo inobjetable de la solución del caso por el juez Boggiano, el propio abogado de la empresa estatal, *Eleazar González*, que había presentado el recurso extraordinario contra el *segundo laudo arbitral* (el *aclaratorio*), y la queja posterior, era de la convicción personal, así lo dijo en su testimonio —pero constaba ya por escrito en una presentación suya hecha en

el expediente 10.711/96, que leyó durante su declaración y obra agregado al expediente<sup>168</sup>—, de que, en primer lugar, su recurso de queja no impedía el *carácter ejecutivo* de la sentencia del Tribunal Arbitral apelada por él, de modo que podía ser ejecutada, y, además, él mismo decía allí, en su propio escrito, que lo previsible era que el recurso de queja interpuesto por él por denegación del extraordinario *fuera rechazado por la Corte, por aplicación de la doctrina del fallo “Pirelli”, de marzo de 1999* (es decir, el precedente inmediatamente anterior al recurso de ENTel en el caso “Meller”, recurso de agosto de 1999).

Al respecto, el letrado fue preguntado por la defensa, en la audiencia testimonial, si cuando él presentó ese escrito en el expediente administrativo estaba “vaticinando que lo más probable sería que rechazaran el recurso”; y el testigo contestó: “*sí*”.

Pocas veces se cuenta, por cierto, con un *escrito oficial del propio recurrente* en el que él adelante que su recurso *debería ser rechazado*. ¡Cómo podía ser reprochable, entonces, que un juez votase por el rechazo del recurso, cuando se ajustaba con ello a una jurisprudencia constante que decía que debía ser rechazado, —incluso aunque hubiera arbitrariedad—, y ese criterio se correspondía, además, con *el vaticinio del propio recurrente!*

#### **J) La extemporaneidad del recurso extraordinario de ENTel**

En muchas personas con espíritu, para así decirlo, “de cortesanos”, existe la tendencia a pensar que la Corte Suprema, de cualquier modo, “si quiere”, puede abrir “cualquier recurso”, aunque según la ley no tenga competencia para hacerlo y aunque con ello se contraponga a su propia jurisprudencia de siempre. Es un estilo que un jurista responsable no debería admitir, pero que, sin embargo, no es poco común entre jueces y abogados, aun en casos de buena fe.

Pero incluso tales personas *sí* admiten que el recurso extraordinario, como mínimo, tiene que cumplir sus requisitos de admisibilidad, que, p. ej., ya no puede ser abierto si fue presentado fuera de término.

Ocurre, empero, que el recurso de ENTel, por lo demás, tampoco podía ser abierto ya *por esa razón*; porque era *extemporáneo*.

El recurso extraordinario, en efecto, venía denegado por el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, en razón de que fue interpuesto contra el segundo laudo que dictó el Tribunal Arbitral, el 2.814, del 4/8/1999, cuando debería haber sido interpuesto contra el laudo que había resuelto *lo principal* de la apelación de “Meller”, el primer laudo, 2.813, del 7/7/1999. A juicio de la defensa, el recurso también pudo ser extemporáneo respecto *del segundo laudo*, porque la defensa se mantiene en que los días que se habían decretado inhábiles por la Corte por paros judiciales, no deberían haber sido aplicables a una sentencia dictada por el Tribunal Arbitral<sup>169</sup>. Pero esto *no* es lo relevante, porque el tribunal apelado había

<sup>168</sup> Cfr. Expte. 10.711/96, nota del abogado Eleazar González de fs. 765 ss., esp. 769.

<sup>169</sup> Sobre todo esto, véase “Escrito de Defensa”, pp. 183 ss. Véase también GELLI / SANCINETTI, op. cit., 292 ss. En la audiencia de testigos, el testigo Gorría señaló que, al tiempo de considerar el recurso,

denegado el recurso extraordinario sobre la base de que ENTel, presuponiendo que hubiera querido recurrir, *habría debido recurrir el primer laudo*, es decir, el que realmente *resolvía la cuestión*.

Esa había sido también la interpretación del secretario Gorría en su primer memorándum, que acompañaba el lacónico proyecto del 17/11/1999.

Allí él había dicho textualmente:

“... ENTel *debió interponer un recurso extraordinario contra la primer[a] sentencia pues ella ya le había causado un agravio concreto al disponer la aplicación de ese acto administrativo que ella considera nulo*. Por ello y por las irregularidades observadas en la tramitación de esta causa, *se sugiere notificar a la Procuración del Tesoro de la Nación en virtud de sus facultades de control expresamente establecidas en el art. 31 del decreto 2140/9*”<sup>170</sup>.

En su segundo memorándum, del año siguiente, el secretario hubo de sostener *lo contrario*, que *se podía recurrir el segundo laudo aisladamente*. Pero el fundamento que él proyectó para sostener que bastara con haber recurrido la aclaratoria (un considerando 8.º de su proyecto) no fue incluido ni en el voto de Petracchi-Fayt, ni en el de Belluscio. Y no lo fue, con toda probabilidad, porque *era insostenible*. Acaso por ello se haya eludido la cuestión. Y donde el secretario había escrito, en su segundo proyecto, como parte dispositiva: *se revoca la sentencia apelada*, se agregó manuscrito —por persona que por su letra no pudo ser identificada por Gorría en su declaración testimonial—, *el número de los dos laudos*, porque evidentemente lo que le causaba el verdadero agravio a la empresa era *el primer laudo*, que no quedaba alcanzado si se decía “la sentencia apelada” (que era sólo la segunda).

Por eso, la pregunta decisiva a este respecto era la de si el primer laudo le causaba o no un agravio a ENTel. Y la respuesta es: *sí*, le causaba un agravio, porque su primer considerando decía: “Hácese lugar a la apelación de Meller”. A la empresa estatal no le pareció necesitado de aclaratoria este primer laudo. Fue la empresa Meller la que interpuso una aclaratoria. Pero la resolución de la aclaratoria fue una *mera derivación del primer laudo*. Y por ello era éste el que, en su caso, debió haber sido impugnado. Pues no había nada del segundo laudo que no se derivara del primero.

En su alegato final, la acusación citó como un dato relevante para su pretensión el procesamiento por prevaricato de los miembros del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, como si ello pudiera influir en este juicio.

---

había tenido a la vista una cédula con fecha de recepción de un día posterior a la que citaba la defensa. Tal cédula no estaba a la vista en el expediente del caso Boggiano. Pero la defensa deja de lado ahora esa cuestión, y se atiene a la extemporaneidad que existía ya *en el hecho de que el recurso no hubiera sido interpuesto contra el primer laudo*, que era la razón por la que el juez Boggiano, siguiendo el primer memorándum de Gorría, incluyó el último párrafo de su voto en la causa “Meller”, un párrafo que no se halla en los demás votos, y que se motivaba en dicha *extemporaneidad*, tal como se explica en el texto.

<sup>170</sup> Memorándum del secretario Rubén Gorría, de fecha 17/11/1999, que acompaña a su proyecto de sentencia de la misma fecha (v. p. 12 [bastardillas agregadas]).

Lamentablemente, en una época en que hay tal injerencia del poder político en la administración de justicia, se debería atribuir poco valor material a decisiones judiciales que coinciden con el pensar de los poderes políticos, porque el criterio de cada juez puede estar influido por tal situación, siquiera inconscientemente. Pero aquí se deja de lado ese vicio, que anida en el núcleo de todo este proceso. No por el hecho de que haya injerencias del poder político en distintos ámbitos se debe descartar, como se dijo en el § 3 de este escrito, que los jueces puedan sobreponerse a tales injerencias, ni tampoco, de ningún modo, que el auto de procesamiento *de ese caso* particular haya sido correcto —la defensa no lo ha estudiado y, por ello, no está en condiciones de emitir ninguna opinión al respecto—.

Mas, con relación a las relaciones entre tal procesamiento y nuestro caso, señálase aquí que si realmente hubiera habido prevaricación y concierto de voluntades con la administradora María Julia Alsogaray —esa es la hipótesis de la acusación—, con *mayor razón* eso explicaría que el laudo que realmente causó el agravio a ENTel, el primer laudo, haya sido *consentido*. Se hallaría plenamente en la lógica de un concierto de voluntades ilícito. En su declaración indagatoria de la causa penal, la señora Alsogaray dijo que dio instrucciones de poner un recurso extraordinario; eso no será aquí puesto en duda, pero si dio tales instrucciones, las dio respecto *del segundo* laudo. El primero, el sustancial, quedó consentido. No se dice aquí que haya habido prevaricato. Lo que se dice es que esa hipótesis explicaría la falta de recurso contra *el laudo* que *debería* haber sido recurrido —si se hubiera creído que era recurrible (el letrado, de cualquier modo, como se demostró, entendía que su recurso debía ser rechazado ya por la irrecorribilidad)—, laudo que, en suma, fue consentido.

Ya en el viejo precedente “Amelcom”, de 1957, en el que la empresa recurrente también atacaba una decisión de la entonces llamada “Comisión Arbitradora”, la Corte declaró improcedente el recurso conforme a la doctrina tradicional que ya había sentado en la materia (irrecorribilidad), pero asimismo se remitió *in totum* al dictamen del procurador general, Sebastián Soler. Y Soler había notado también, en su dictamen, que de cualquier modo el recurso *había sido presentado extemporáneamente*, después de *dos aclaratorias*, y no contra *la decisión originaria* —que causaba el verdadero agravio—, y contra la cual se debería haber interpuesto el recurso. Pero, a pesar de ello, se declaró que tales recursos eran en sí mismos inadmisibles, con prescindencia de la extemporaneidad.

### **K) La marca de la extemporaneidad en el voto del juez Boggiano**

En razón de que la Comisión Acusadora pasó olímpicamente por alto el problema de la extemporaneidad que afectaba al recurso de ENTel en la causa “Meller” —cuestión que, así lo reconocía el escrito de acusación, *aún no había sido estudiada en la Cámara de Diputados*—, el diputado Falú, al advertir que la defensa del juez Boggiano señalaba ese estigma como un dato determinante de la improcedencia absoluta de la acusación, comenzó a declarar, en medios de prensa y en el proceso, que igualmente el voto de Boggiano *no decía nada de la extemporaneidad del recurso*.



Ahora bien, con prescindencia de que, para la imputación de “mal desempeño” por *no abrir* un recurso (“abdicar”, en el rebuscado lenguaje de la acusación), era indiferente que el juez Boggiano hubiera tenido presente la extemporaneidad o no que afectaba al recurso extraordinario en cuestión, lo cierto es que en el voto de Boggiano *se reconoce fácilmente la marca de la extemporaneidad*, tal como se pasa a demostrar.

En primer lugar, el juez Boggiano toma por base también el dictamen del procurador general de la Nación, Nicolás Becerra. Lo que decía el procurador era que el agravio sobre la extemporaneidad era *insustancial* ya por el hecho de que el recurso *de todos modos era inadmisibile*, lo que implicaba decir, ya en ese dictamen, que el recurso podría haber sido efectivamente extemporáneo, pero en cualquier caso era inadmisibile.

Tanto en los votos de Petracchi, Fayt y Belluscio, como en los votos de Moliné, López y Vázquez, no se dice nada, en efecto, respecto del asunto, aunque, para quien propusiera abrir el recurso positivamente, era ineludible tratar la cuestión.

Pero el voto del juez Boggiano, de cualquier modo, cierra con la recomendación de notificar “*a la recurrente y a la Procuración del Tesoro de la Nación, a efectos de que se tome conocimiento de la actuación profesional del representante de ENTel*”. Esta acotación se funda en que se parte de la base de que *se atribuye una falta al letrado*. Y obviamente eso era así, porque el último párrafo del voto de Boggiano fue tomado del último párrafo del primer proyecto de sentencia del secretario Gorriá, apoyado en el último párrafo de su memorándum, que antes recordamos; por *la extemporaneidad del recurso* y por *la conducta durante el expediente administrativo* —decía en 1999 el secretario—, debía notificarse a la empresa recurrente y a la Procuración del Tesoro, lo que el voto de Boggiano efectivamente propone hacer. Se ve entonces que la cuestión fue advertida por el juez Boggiano y él, aunque ella fuera insustancial, no quería dejarla pasar por alto. En los demás votos no se halla esta referencia.

Recalcamos nuevamente que la marca de haber advertido la extemporaneidad del recurso, en el voto de Boggiano, *no es lo relevante*. Lo relevante es que, para una imputación por omisión, por “abdicar” de abrir un recurso, lo primero que habría que establecer es si el recurso era formalmente admisible como para que se pudiera abrir. Y, como se demostró, *no lo era*, tal como Boggiano lo había advertido al volver a revisar el primer memorándum de Gorriá. Al decir el procurador general Becerra que la extemporaneidad de todos modos era insustancial, lo que coincidía con lo que la Corte había dicho en “Amelcom”, en 1957, el juez Boggiano también se mantuvo en la línea tradicional de la inapelabilidad, pero votaba por notificar a la Procuración del Tesoro y a la empresa estatal, por la conducta del letrado, lo que se basaba *justamente en la extemporaneidad*.

En suma, quien quiera tejer la idea de que hubiese habido todo tipo de asociaciones conspirativas en torno del caso “Meller”, de todos modos tendrá que aceptar, como afirmación incontrovertible, que la Corte Suprema *de ningún modo*

*podía abrir una queja interpuesta por la denegación de un recurso extraordinario presentado fuera de término.*

¿Cómo podría ser “mal desempeño”, entonces, no abrir un recurso extraordinario que *nadie podía abrir jurídicamente*?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no podría declarar que una calificación de “mal desempeño”, en juicio político, para un caso *de esa* índole, quede fuera del ámbito de su alta jurisdicción. Pues sería insólito que resultara firme la destitución de un juez del alto tribunal por no abrir un recurso extraordinario presentado tardíamente, cuando, por lo demás, el tribunal de juicio, el H. Senado, no ha fundamentado *ni en una sílaba* el por qué de tal destitución, a pesar de una irregularidad formal del recurso en cuestión *tan absoluta*, que le fue especialmente advertida al H. Senado por la defensa.

## V. Conclusiones

En el presente capítulo de nuestro recurso extraordinario se ha demostrado:

*a)* que la excepción a la regla general de que la actividad propiamente *jurisdiccional es ajena* a las facultades del Poder Legislativo de promover acusación (Cámara de Diputados de la Nación) y de dictar sentencia (Cámara de Senadores de la Nación) por supuesto “mal desempeño”, excepción que sólo puede fundarse en el hecho de que la sentencia judicial del caso concreto hubiera resultado de un quebrantamiento consciente del derecho o de un criterio jurídico absolutamente inadmisibles para cualquier método de interpretación propio de la ciencia del Derecho, sólo puede ser admitida si, como contrapartida, la calificación de “mal desempeño” por una causa de esa índole es revisable, a su vez, como excepción, por aquel poder del Estado al que le compete el “decir el derecho”: el Poder Judicial; y que, por ende, la Corte Suprema *debe hacer aquí una excepción a la restricción sobre el análisis de la calificación de la conducta y evaluar si el voto del juez Boggiano en la causa “Meller” era descalificable conforme a todos los métodos de interpretación posibles*;

*b)* que el voto del juez Boggiano en la causa “Meller” no sólo no era inadmisibles para todo método posible de interpretación, sino que contenía la doctrina más precisa y más correcta de todos los votos emitidos en la misma causa: conforme a la doctrina legal y jurisprudencial de la propia Corte, el laudo apelado era irrecurrible; mas, si hubiera habido una vía de impugnación del laudo, ésta nunca habría podido ser un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, sino una pretensión de nulidad del laudo ante la instancia judicial respectiva, conforme a las leyes procesales que impiden renunciar a la nulidad de laudos al menos por ciertas causas; *un recurso del art. 14 de la ley 48 estaba excluido sin más ni más*;

*c)* que incluso en el caso de que por una creación pretoriana se hubiera querido entrar en el recurso contra todo imperativo legal, aun así abrir el recurso era imposible, debido a su extemporaneidad;

*d)* que ante este cuadro de circunstancias sería inadmisibile que la Corte Suprema pudiera convalidar la destitución de un juez de la Corte por el Poder Legislativo, impuesta en razón de que él no propusiese abrir un recurso extraordinario *que nadie podría haber abierto con arreglo a derecho*.

*e)* que, además, reprocharle a un juez de un tribunal colegiado en general o a un ministro de la Corte Suprema en particular, el *cambio* en el *proyecto de voto* y *destituirlo por ello* –ignorando, por otro lado, la corrección jurídica del *voto que finalmente emitió* el juez sometido a proceso político- implica un desconocimiento absoluto de prerrogativas judiciales y, en especial, una ignorancia palmaria acerca del modo en que *delibera* la Corte Suprema *por circulación de expedientes*<sup>171</sup>. Si, eventualmente, se convalidara el cargo reprochado al Juez Boggiano de haber “cambiado su voto” (en realidad su proyecto de voto) en el caso “Meller”, se bloquearía el trabajo de la Corte Suprema; se pondrían bajo sospecha las reflexiones y mudanzas de criterios interpretativos a que pudieran dar lugar la circulación de los proyectos de los ministros; se anularía, en fin, una herramienta de confrontación de ideas y un mecanismo habitual y propio de los jueces de la Corte Suprema para arribar a las mayorías requeridas a fin de resolver los conflictos que llegan a sus estrados.

Por último se acota, V.E., volviendo así a las primeras alegaciones de este recurso (v. *supra*, § 3, IV), que el Poder Judicial no puede permanecer impasible ante la expropiación de la función judicial por parte del poder político, sobre la base de que esta cuestión no fuese justiciable. Pues, por esta vía, no quedaría ya *función judicial*; los derechos de toda persona, su vida, su honor, su fortuna, quedarían a merced de “alguna persona”, en el sentido del art. 29 de la Constitución Nacional.

## § 11. Violaciones al debido proceso (*fair trial*) por ausencia injustificada de jueces y consecuente insuficiencia de los votos destitutorios

### I. Planteo de cuestiones

1. En el presente párrafo se trata, en primer lugar, de la cuestión relativa a las violaciones al debido proceso (*fair trial*) habidas en la forma en que quedó constituido el tribunal que dictó sentencia definitiva, según una larga tradición del Senado, que no distingue, como debería ocurrir, entre quórum *legislativo* y quórum *judicativo*.

El Senado parte de la base de que el tribunal de juicio, por un lado, puede integrarse, en cada sesión, con los senadores que *quieran estar* presentes, y que su integración puede coincidir o no con la integración del tribunal el día de la sentencia definitiva.

Por el contrario, la defensa sostiene a este respecto:

<sup>171</sup> Ver, especialmente, impugnación de este cargo que finalmente fue aprobado por el Senado en el “Escrito de Defensa” que se acompaña. Cfr. Tercera Parte, Cap. I, § 6, pág. 163.

**a)** que tal procedimiento es contrario al derecho a ser juzgado “con las debidas garantías” (*fair trial*, art. 8, párr. 1, CADH [art. 75, inc. 22, CN]; art. 18, CN);

**b)** que así como el acusado tiene derecho a recusar a los senadores-jueces que no satisfagan la garantía de imparcialidad del tribunal, también lo tiene a que *todos los senadores-jueces que integran el cuerpo estén presentes el día de la sentencia*, salvo causas de fuerza mayor o jurídicamente justificadas;

**c)** que el vicio derivado de la ausencia injustificada de un número considerable de jueces (en el caso, como “mínimo”: **11**) sólo podría ser purgado o declarado abstracto —*si acaso*, pues hay razones para pensar que dicho vicio no puede purgarse, sino que es un defecto absoluto del procedimiento—, si los votos que apoyaron la sentencia destitutoria hubieran alcanzado los dos tercios de los miembros que *habrían debido estar presentes* y se ausentaron por propia decisión o a pedido de su partido, grupo o facción, es decir, *arbitrariamente*.

**d)** que tal proporción de 2/3 de votos de los miembros que *deberían haber estado presentes* no se logra con los **44** votos destitutorios habidos en dos de los cargos de mayor aceptación de la acusación (cargos 1 y 3 de la causa “Meller”), pues sumados los **11 jueces ausentes sin causa** (“con aviso”, declara lacónicamente el Senado), a los **56** jueces presentes, se llegaría a un total de **67**, cuyos 2/3 exigían **45** votos para convalidar una condena (art. 59, CN), mientras que, además, si no se demuestra que la “comisión” de *una* senadora era incompatible con estar presente el día de la sentencia, el total *debido* era de **68** senadores, cuyos 2/3 exigían **46** votos. En cualquier caso, **no** bastaban *44 votos*.

En ese primer aspecto de este agravio, se trata de la cuestión de *cuál es la interpretación correcta que a asignar al art. 59, CN*, en el pasaje “dos tercios de los miembros *presentes*”, sosteniendo en suma, la defensa, que los senadores carecen de la facultad de manipular el número de presentes con la mera decisión personal y arbitraria de ausentarse para facilitar una votación; y que, comoquiera que se deba interpretar en particular dicha regla, proceder de tal forma *viola el debido proceso* (art. 18, CN; art. 8, párr. 1, CADH), con lo cual la sentencia así dictada es *nula*. De eso se trata en primera línea. Al respecto, v. *infra*, **II**.

**2.** Por lo demás, en un segundo plano, pero también vinculado a la cantidad de votos destitutorios “válidos”, se halla la cuestión relativa a la incidencia de “cuestiones vencidas” en la validez del modo de votación en una sentencia definitiva.

Adelantando aquí resumidamente el sentido de este agravio, está en juego el hecho de que **dos** de los *seis* senadores que votaron en favor de *la nulidad total de la acusación* en la sesión del 22/6/2005, a saber: los senadores *Oscar Aníbal Castillo* (Frente Cívico y Social, Catamarca) y *Haide Delia Giri* (Partido Justicialista, Córdoba), si bien podían (y debían) formar parte del tribunal el día de la sentencia definitiva, quedaban *vinculados por su voto originario sobre la invalidez de la acusación*; y, entonces, sólo podían votar por *el rechazo de todos los cargos*, mientras que, en la audiencia del 28/9/2005, votaron *ambos* por la admi-

sión de todos los cargos de la causa “Meller” (y la senadora Giri, además, por la admisión de todos los cargos de la causa “Macri”).

Tales votos deben ser descontados por *inválidos*, según las razones que serán dadas ulteriormente. Al respecto, v. *infra*, III.

3. De la conjunción de ambos problemas surge lo siguiente: que los votos destitutorios de los senadores recién mencionados deben ser *anulados del cómputo*, y, por tanto, descontados *en todos los cargos en que fueron volcados*, lo que para los cargos 1 y 3 de la causa “Meller”, p. ej., da por resultado un voto aprobatorio de sólo **42 votos** (no 44), mientras que, por lo demás, considerando la base de cálculo con los senadores que tenían *la obligación legal de estar presentes*, ni 42 ni 44 votos alcanzaban los 2/3 que exige la Constitución Nacional para habilitar la sentencia destitutoria. Según fueran **67** ó **68** los senadores con obligación de asistir, los 2/3 eran alcanzados con **45** o con **46** votos.

## II. Interpretación de la regla: “dos tercios de los miembros presentes” (art. 59, Constitución Nacional)

### A) El *quid* de la cuestión

Sabido es que, en razón de que el Senado ha interpretado siempre que las reglas constitucionales de mayorías referidas a “miembros presentes” no se dejan influir por la cuestión de si la ausencia de tal o cual senador se debe a una causa *justificada en Derecho* o *no*, la integración del tribunal termina siendo manipulada indebidamente por los partidos que tienen el poder *de hecho* (no es que lo tengan *de Derecho*) para hacer recaer consecuencias partidarias negativas, retorsivas, sobre los senadores-jueces que no sigan las directrices del partido respectivo o subgrupo. La solución que encuentran algunos senadores para no votar en contra de su conciencia, ni afrontar los costos políticos o sociales de decisiones que saben injustas, ni sufrir consecuencias negativas a manos de sus correligionarios, es, según una larga tradición —que se remonta a Pilatos—, la de *sustraerse al deber de juzgar el caso*.

El art. 1.º, CN, al establecer la forma republicana de gobierno, impone a todos los órganos de poder la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Tal responsabilidad tiene un *doble* significado. Ante todo rige el deber de *responder* por los compromisos que los integrantes de los poderes del Estado aceptan al ser elegidos o al momento de asumir los cargos respectivos; ello implica que no pueden *rehusar* ninguna de las obligaciones que esos cargos conllevan, sean ellas las ejecutivas, las legislativas o las de justicia (= los senadores como *jueces*). En segundo lugar, la responsabilidad republicana implica la exigencia de dar *respuestas adecuadas*, no cualquier respuesta que se tenga a la mano o les resulten convenientes —cualesquiera que fuesen los motivos— a quienes deban darlas. En el caso de los senadores-jueces sus obligaciones primarias consisten en *asistir* a las sesiones respectivas del tribunal, *oír* lo que en ellas se diga, *deliberar* cuando corresponda para formar su propio juicio e incidir en el de los demás jueces, y *decidir*, en suma, *votando* según su conciencia y leal saber y entender, con *arreglo a Derecho*.

El hecho de que en el juicio político al juez *Boggiano* las decisiones fueron tomadas por *bloques partidarios*, y, dentro de éstos, según decisiones de grupos —dejándose constancia de esto en el debate de la sesión del 22/6/2005—, constituye de por sí un agravio *autónomo*, como lesión al *fair trial*, porque ello está en pugna con la idea de un tribunal formado por jueces individualmente *independientes* del poder político (además de *imparciales*).

Pero aquí se trata de algo distinto, a saber: que es violatorio al debido proceso el hecho de que un juez, que debe *estar presente, se sustraiga a su deber de juzgar el caso*. Él tiene que sobreponerse a las presiones partidarias —eventualmente, denunciándolas como “delito de coacciones”— y votar conforme a su recta conciencia.

Según la tradición del Senado, cuando el senador es reacio a seguir la instrucción de su grupo de pertenencia, se lo insta a ausentarse, para *no contradecir la posición* del grupo, *ni —así se cree— la de su conciencia*.

Pero esa apariencia engaña. Pues quien “se escapa” del tribunal *ya por eso* quebranta el Derecho. Al acusado le asiste el derecho de exigir, como componente de las “debidas garantías” (art. 8, párr. 1, CADH), que *todos los jueces* que no tengan causas justificadas para estar ausentes (enfermedad, suspensión, recusación o excusación admitidas, etc.) estén *presentes* durante todo el juicio y *especialmente el día de la sentencia*.

## **B) Senadores ausentes en la sesión del 28/9/2005**

Según los registros oficiales de la 33.<sup>a</sup> Reunión - 12.<sup>a</sup> Sesión en tribunal - 28 de septiembre de 2005, hubo 4 grupo de ausentes:

- a)* los así llamados “ausentes con aviso” (11 senadores)
- b)* los “ausentes por enfermedad” (2)
- c)* una senadora “en comisión” (1)
- d)* un senador “suspendido” (1).

A ello hay que añadirle el hecho de que *una* senaduría (por la Provincia de Corrientes), se halla *vacante*, de modo que, de los 72 senadores que integran el cuerpo en una constitución *ideal*, falta *uno* ya por tal circunstancia. Otro senador se hallaba “*suspendido*” (*supra*, *d*): el senador *Raúl Ernesto Ochoa* (Partido Justicialista, Provincia de San Luis). Restaba entonces un número de **70** senadores-jueces como el que, en principio, *debería haber integrado el tribunal*.

El acusado concede que la “*enfermedad*” sea una causal de justificación para *no estar presente* en el tribunal —presupuestas ciertas circunstancias, que de todos modos no le constan en los dos casos concretos alcanzados por esta causal—. En esta situación (*supra*, *b*) se hallaban los senadores *María Elisa Castro* (Partido Justicialista, Santiago del Estero) y *Ramón Eduardo Saadi* (Partido Justicialista, Catamarca). Pártase del presupuesto de que las enfermedades del caso hubieran sido de tal entidad como para hacer imposible la presencia de tales senadores el día de la sentencia. Resta, pues, un número de **68** senadores.

La defensa *desconoce*, en cambio, el carácter de “*en comisión*” (*supra*, *c*) que habría afectado a la senadora *María Laura Leguizamón* (Partido Justicialista, por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); de hecho, el acusado no fue notificado previamente de esta ausencia. Tal ausencia puede haberse motivado, según toda probabilidad, en el deseo subjetivo de *no votar injustamente*. Mas, sea ello así o no, al acusado *no le consta* si la supuesta “comisión” era realmente incompatible con *estar presente* en la sesión de la sentencia definitiva. El acusado se mantiene, pues, en principio, en que **68** era el número de jueces que *debieron estar presentes*.

Ello empero, si es que era “dudosa” la obligación de estar presente de la senadora *Leguizamón* —con lo que se pudiera llegar a que **67** hubiera sido, acaso, el número de jueces correcto—, en todo caso *ya no puede* constituir ninguna causal válida para *no estar presente*, es decir, para *no integrar* el tribunal, el mero “*dar aviso*” de que *no se irá* (*supra*, *a*). Pues el acusado tiene derecho a exigir que el tribunal se integre *con todos los jueces obligados a fallar el caso*.

En las tristes tradiciones políticas argentinas, esa es la vía que los senadores hallan posible para sentir que “no quebrantan el derecho” ni se oponen al “poder instructorio” (*indebido*, en un juicio justo) de los partidos.

Los 11 senadores en tal condición fueron los siguientes:

“AUSENTES CON AVISO

”AGÚNDEZ, Jorge Alfredo (UCR, San Luis)

”CURRETTI, Miriam Belén (UCR, Chaco)

”LÓPEZ ARIAS, Marcelo Eduardo (Partido Justicialista, Salta)

”MARINO, Juan Carlos (UCR, La Pampa)

”MARTÍN, Floriana Nélica (Partido Justicialista, San Juan)

”MÜLLER, Mabel Hilda (Partido Justicialista, Provincia de Buenos Aires)

”PUERTA, Federico Ramón (Partido Justicialista, Misiones)

”SÁNCHEZ, María Dora (UCR, Provincia de Corrientes)

”SAPAG, María Dora (Movimiento Popular Neuquino, Provincia de Neuquén)

”TERRAGNO, Rodolfo (Radical independiente, Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

”URQUÍA, Roberto Daniel (Partido Justicialista, Provincia de Córdoba).”

Si el caso de la “senadora en comisión” puede ser discutible —aquí se lo impugna también, por desconocimiento de que la “comisión” fuera incompatible con estar presente el día de la sentencia—, de cualquier modo ya no lo es el de los 11 senadores que integran la nómina anterior, de “ausentes con aviso”.

Nótese que al planteo de la defensa de recusar a 34 senadores que no satisfacían el estándar objetivo de imparcialidad, se contestó que hacer lugar a la recusación implicaba “desintegrar el tribunal”, mientras que el Senado recurre a que se desintegre “con aviso”, mediante huídas particulares para lograr los 2/3 que

necesita el partido controlante, y en esto no ve el Senado la menor irregularidad. La Corte Suprema no puede convalidar tal forma de proceder.

**C) Razones para integrar la base de cálculo con los senadores  
que habrían debido estar presentes el día de la sentencia**

La razón capital para no poder “descontar” ese número de senadores del total para establecer la base de cálculo sobre la cual computar los 2/3 reside en que el “dar aviso” de que *no se cumplirá con una obligación legal* no es ningún fundamento para infringir el derecho: normativamente, debían estar presentes como mínimo 67 senadores, si no 68.

Por consiguiente, o bien se declara sin más ni más que los votos reunidos para dar sustento a una sentencia destitutoria no cumplen los dos tercios que señala el art. 59, CN, porque la expresión “presentes” de esta disposición debe ser interpretada como “los que jurídicamente *debieron* estar presentes” —pues el texto constitucional no puede partir de la base de ausencias contrarias a Derecho—, o bien se declara lisa y llanamente que, comoquiera que fuese, la forma en que se integró el tribunal para dictar sentencia definitiva fue violatoria de los derechos del acusado a ser juzgado “con las debidas garantías” (art. 18, CN; art. 8, párr. 1, CADH). En cualquier caso se deriva de ello la nulidad de la sentencia condenatoria y la absolución consecuente del acusado.

Pues es indudable que el procedimiento “de fuga” viola el *fair trial*. La tradición judeo-cristiana tiene en el antecedente de la crucifixión de Cristo el mejor ejemplo histórico del juez (o procurador) prescindente. Pilatos intenta primeramente, en efecto —persuadido como estaba de la inocencia del acusado—, inducir al pueblo a que le pidiera la soltura de Cristo, como liberación por las fiestas; mas, cuando el pueblo se inclina por Barrabás, Pilatos no atina a enfrentarse a la muchedumbre y huye con el gesto simbólico (“lavarse las manos”) que constituye la expresión occidental característica de quien quiere librarse de cumplir con su deber de hacer aquello que *debe* hacer: liberar al inocente<sup>172</sup>. Si la Historia ha condenado ese gesto como el más grave de los casos de violación al *fair trial*, la Corte no puede convalidar ahora una forma de procedimiento que encierra el mismo gesto: no enfrente a los correligionarios, ni condene al acusado inocente: me declaro “ausente con aviso”.

<sup>172</sup> “[13]Entonces le dice Pilato: «¿No oyes de cuántas cosas te acusan? [14]Pero él a nada respondió, hasta el punto que el procurador se quedó muy extrañado”. Pero: “[15]Cada fiesta, el procurador solía conceder al pueblo la libertad de un preso, el que quisieran. [16]Tenían a la sazón un preso famoso, llamado Barrabás. [17]Dijo, pues, Pilato a los que estaban allí reunidos: «¿A quién queréis que os suelte, a Barrabás o a Jesús, el llamado Cristo?», [18]pues sabía que le habían entregado por envidia”... “[20]Mientras tanto, los sumos sacerdotes y los ancianos lograron persuadir a la gente de que pidiese la libertad de Barrabás y la muerte de Jesús. [21]Y cuando el procurador les dijo: «¿A cuál de los dos queréis que os suelte?, respondieron: «¡A Barrabás!». [22]Y ¿qué voy a hacer con Jesús, el llamado Cristo? Y todos a una: «¡Sea crucificado!» —[23]«Pero ¿qué mal ha hecho», preguntó Pilato. Mas ellos seguían gritando con más fuerza: «¡Sea crucificado!». [24] «Entonces Pilato, viendo que nada adelantaba, sino que más bien se promovía tumulto, tomó agua y se lavó las manos delante de la gente diciendo: «Inocente soy de la sangre de este justo»”. Evangelio según San Mateo, cap. 27, vers. 13 ss., en la versión de: *Biblia de Jerusalén*, edición española dirigida por JOSÉ ÁNGEL UBIETA y colaboradores, Madrid, 1966.



Este procedimiento viola el *juicio justo* y así debe ser declarado por la Corte, especialmente al constatarse que los votos recolectados por el oficialismo no alcanzan los 2/3 de los votos que, jurídicamente, *deberían haber estado presentes* (67 : 3 x 2 = 44,66, o sea: **45 votos**; o bien: 68 : 3 x 2 = 45,33, o sea: **46 votos**).

### III. Los votos inválidos de dos senadores-jueces: Oscar Aníbal Castillo y Haidé Delia Giri

#### A) El ejemplo de la condena a Sócrates

La presente cuestión es de otro carácter. Y requiere explicar brevemente el problema que se presenta en los casos de las llamadas “cuestiones vencidas”, si no se adoptan reglas racionales de control.

También para este caso podemos recurrir a un juicio histórico, y, por cierto, a aquel que hasta el advenimiento del Cristianismo fue tenido como el parámetro del juicio injusto: la condena a muerte de Sócrates, en el 399 a. C., acusado por “*impiedad*: corromper a la juventud y no respetar a los dioses de la ciudad”, imputación tras la cual solía esconderse “un motivo político”<sup>173</sup>.

Sócrates había sido condenado a muerte por una mayoría clara, pero relativamente equilibrada. De 501 jueces 280 habían votado por su culpabilidad, y 221, por su inocencia. Por ello él se lamentaría en la segunda fase de su alegato: “... *si tan sólo treinta votos hubieran cambiado, yo habría sido absuelto*”<sup>174</sup>.

Según una institución ateniense, empero, el juicio público se celebraba con lo que hoy llamamos “cesura del debate”: en una primera fase se dictaba el interloquutorio de *culpabilidad* o *inocencia*, y luego, si el acusado había sido declarado *culpable*, se debatía nuevamente sobre la pena a aplicar.

Cuando Sócrates, después de ser hallado culpable, debió alegar sobre la pena, dijo que a su juicio la pena justa era la de que él fuera mantenido por el Pritaneo, —una institución que sostenía a los ciudadanos que habían hecho grandes cosas por la ciudad—. Esa y otras manifestaciones que campean en la *Apología de Só-*

<sup>173</sup> Cfr. ALEXANDER DEMANDT (comp.), *Los grandes procesos de la historia*, en particular: *Sócrates ante el tribunal popular de Atenas (399 a.C.)*, por A. DEMANDT, Barcelona, 2000, p. 13 ss. [Título original: *Macht und Recht (Poder y Derecho) - Grosse Prozesse in der Geschichte (Grandes procesos de la historia)*, Múnich, 1990.] Véase también UWE SCHULTZ, *Große Prozesse - Recht und Gerechtigkeit in der Geschichte*, München, 1997; en particular: *Ein Anschlag der Demokratie auf die Philosophie? Verurteilung und Tod des Sokrates [¿Un golpe de la democracia a la filosofía? Condena y muerte de Sócrates]*, por CHRISTIAN MEIER, pp. 21 ss.

<sup>174</sup> PLATÓN, *Apología de Sócrates*, Segunda Parte, primer párrafo.

*crates*, según la versión de PLATÓN, motivaron el “enojo” de los jueces<sup>175</sup>. Lo corriente era que el acusado tuviese una actitud sumisa y ofreciera una elevada multa dineraria o cosa similar. Enemistados por la actitud altiva del acusado — no son de extrañar tampoco *hoy* los jueces que “se enojan” con el acusado o sus defensores—, al votar sobre la pena a aplicar, el tribunal *condenó a muerte* a Sócrates, pero con la particularidad de que lo condenaron a muerte incluso 80 jueces que, en la primera fase, lo habían hallado *inocente*. La pena de muerte tuvo así 360 votos, más que la sentencia de culpabilidad.

No es que fuera *ilícito* que los jueces que habían absuelto a Sócrates participaran luego en la sentencia sobre *la pena a aplicar*; lo que era ilícito es que los jueces que habían votado *por la inocencia* optaran por la pena más grave imaginable (la condena a muerte), pues el peso de su decisión principal (la inocencia) debería haber incidido sobre las alternativas de reacción de Atenas contra el acusado.

### B) Las llamadas “cuestiones vencidas”

Pues bien, lo que está en juego aquí es de qué modo se debe proceder cuando, en un tribunal colegiado, un juez que ya ha tomado una decisión que inclinaría la decisión final en una dirección definida y ha perdido en la votación, debe seguir interviniendo en las decisiones ulteriores.

Se ilustrará primeramente con un ejemplo sencillo del derecho penal común.

*Exempla docet*: “A” es acusado por un hecho concreto calificable como hurto con ganzúa. El juez “X” sostiene que “A” *no es el autor* del hecho, pero que el hecho en sí *fue un hurto con ganzúa*. El juez “Y” considera que “A” *sí es*, realmente, el que se apoderó de la cosa, pero *sin ganzúa*. El juez “Z” también cree que es “A” el que se apoderó de la cosa, pero entiende que lo hizo con consentimiento del propietario, lo que incluía el uso de ganzúa si era menester. Si las cuestiones fueran divididas artificialmente en etapas (“cuestiones vencidas”), cada juez podría quedar vinculado por el voto de los otros dos, en cada eslabón de la cadena argumental, a terminar *condenando a “A” por hurto con ganzúa*, aun cuando dos jueces (“X” y “Z”) deberían proponer la absolución de “A” (no fue el autor, no fue hurto), y el restante (“Y”), la condena por hurto simple (sin ganzúa). Lo correcto es que primeramente se vote por la hipótesis *más gravosa posible*. Entonces, ningún juez —en el caso del ejemplo— condenaría al acusado por *hurto con ganzúa*: sería absuelto por el voto de dos jueces, mientras que uno, en disidencia, lo consideraría autor de hurto simple.

Del mismo modo, cuando en una instancia anterior del procedimiento se ha discutido una cuestión previa, *perentoria* —como una nulidad, por ejemplo— de tal modo que el proceso habría debido ser archivado si el acusado hubiese ganado en la excepción puesta por él en esa fase, entonces, su derrota en esa preten-

<sup>175</sup> PLATÓN, *Apología de Sócrates*, Tercera Parte, primer párrafo: “... si se me ha condenado no ha sido por carecer de discursos, sino de temeridad, desvergüenza y de no tener disposición a decirles las cosas que a ustedes les agradaría escucharme decir, al tiempo que llorara, les rogara e hiciese cosas indignas de mí: esa clase de cosas que ustedes están acostumbrados a escuchar decir a los demás”.

sión, si bien hace seguir adelante con el procedimiento y obliga a los jueces que consideraron nula la acusación a votar en la sentencia definitiva, de todos modos estos jueces *están vinculados por su criterio originario de que la acusación en sí misma es nula en su total alcance*. Si votaron por la nulidad de la acusación y luego, en la sentencia definitiva, votan por la destitución del acusado, se comportan como los 80 jueces de Sócrates que, considerándolo inicialmente *inocente*, votaron después por su *condena a muerte*.

### C) La doctrina de la Corte Suprema a este respecto

La Corte ha declarado la buena doctrina a este respecto, en el conocido precedente “Horacio Ángel Alonso”, que se registra en *Fallos* 261:263 (sent. del 5/4/1965)

En ese caso se trataba de una sentencia condenatoria por delito de contrabando, que estaba suscripta por tres jueces. Ocurría que un juez se había inclinado por la inocencia, otro por la culpabilidad, mientras que un tercero, que votó de hecho en el sentido condenatorio del segundo, había considerado precisamente nulo el procedimiento. La Corte interpretó entonces que ese voto era autocontradictorio, y que la sentencia dictada sobre la base, al menos *también*, del voto de ese magistrado era, en consecuencia, *arbitraria*. La sentencia, dictada de conformidad al dictamen del procurador general, lleva las firmas de cuatro ministros y una disidencia.

El fallo se expresa así:

“1.º) Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, es condición de validez de los fallos judiciales que ellos sean derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias de la causa —v. autos «Lavapeur O. c/ Provincia de Buenos Aires», sentencia del 22 de marzo de 1965 y sus citas—.

”2.º) Que, consecuentemente, se admitió en el precedente citado que la existencia en el fallo de una contradicción tal que lo haga ininteligible, importa ausencia de fundamentos e impone su anulación.

”3.º) Que no es óbice a la aplicación de esta doctrina que la mencionada contradicción se dé en uno solo de los tres votos de los jueces que integran el tribunal apelado. Ocurre, en efecto, que siendo el primero absolutorio por falta de prueba del hecho acriminado y el segundo, condenatorio por estimar suficientes las incorporadas a los autos, el tercero y decisorio declara, al tratar la nulidad considerada, que «no se han incorporado al proceso elementos de juicio que se estiman necesarios para la solución del caso». Sin embargo de lo cual, al referirse al acierto del fallo de primera instancia, adhiere al voto anterior condenatorio, lo que necesaria y lógicamente supone la existencia de elementos de juicio bastantes para la solución del caso.

”4.º) Que, en el caso de autos, no resulta compatible la condena del recurrente — que se acepta en el voto mencionado — con la «declaración de nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto de fs. 65/67 (art. 509, Código de Procedimientos en lo Criminal)», no obstante la posterior salvedad sobre «La validez de las medidas que aparecen cumplidas con ajuste a la misma», porque se trataría, de lo contrario, de una nulidad sin ninguna aplicación ni objeto.

”5.º) Que lo así configurado excede de la mera discrepancia en la fundamentación de votos coincidentes en cuanto a la solución a acordar a la causa —Fallos: 253:181 y otros—.

”6.º) Que se sigue de lo dicho que el fallo apelado debe ser dejado sin efecto.

”Por ello, y lo dictaminado por el Señor Procurador General, se deja sin efecto la sentencia apelada de fs. 194 [...].

Acótase aquí que aunque del relato de los hechos parece inferirse que el voto anulado había afirmado *la nulidad y la culpabilidad* en un mismo acto, de la lectura del dictamen del procurador general surge antes bien que el juez se había expedido primeramente sobre la nulidad y que, acto seguido, se había expedido sobre el fondo del asunto, votando por la condena (el dictamen dice: “... no obstante haber votado por la anulación de las actuaciones posteriores a la interlocutoria de fs. 65/67 porque..., adhirió seguidamente a las conclusiones del juez que, en el acuerdo, propuso la condena de H.”).

Pero, en cualquier caso, es secundario *en qué acto* se pronuncia el juez por *una solución y por la contraria*. Que lo haga hecho en actos consecutivos o simultáneamente no modifica en nada el hecho de que una decisión es contradictoria con la otra y que, por ello, el voto condenatorio ambivalente es *nulo*.

#### D) Efectos

En conclusión, resulta que los votos de los senadores antes mencionados, *Oscar Aníbal Castillo* (Frente Cívico y Social, Catamarca) y *Haidé Delia Giri* (Partido Justicialista, Córdoba), en tanto acogieron cargos de la acusación, deben ser declarados *nulos* sin más ni más, y descontados como votos destitutorios de todos los cargos en los que hubieran recaído de modo condenatorio.

En efecto, en la sesión del 22/6/2005, el Senado dictó la Resolución DR-JP-(B)-7/05 —aún hoy apelada ante la Corte, mediante nuestro anterior recurso extraordinario, ahora en trámite—, resolución en cuyo art. 4.º se resolvió “rechazar por manifiestamente improcedente el planteo de la nulidad de la acusación en su total alcance...”. Sin embargo, dado que esa decisión se sometió a votación por sistema *nominal*, se tiene constancia de que los senadores mencionados votaron, al igual que los senadores *Gallego, Marín, Menem y Negre de Alonso*, en forma *negativa* a dicha resolución, es decir, *en favor de la excepción de nulidad total de la acusación*.

Esta decisión no impedía, por cierto, que tales senadores integraran posteriormente el tribunal, pero sí que votaran en favor de los cargos de la acusación, ya por el hecho de que consideraban *nula la acusación en sí misma* (doctrina del precedente “Horacio Ángel Alonso”, de Fallos 261:263).

Por consiguiente, los votos de los senadores *Castillo* (que acogió todos los cargos de la causa “Meller”) y *Giri* (esos mismos cargos más los cargos de la causa “Macri”) violaron el debido proceso y deben ser anulados del cómputo de votos destitutorios.

#### IV. Conclusiones

Invirtiendo el orden de lo analizado en los puntos II y III, corresponde concluir:

1. Que todos los votos destitutorios de los senadores *Castillo* y *Giri* deben ser declarados nulos por la Corte, por violación de las “debidas garantías” (resolución contradictoria, irracional: el *quid* de las “cuestiones vencidas”). Pues cada voto individual de cualquier senador —con prescindencia del resultado final del proceso— le genera al acusado un agravio concreto, por el enorme “daño moral” que representa un veredicto de culpabilidad indebido, que esos senadores, sin más ni más, *no* podían suscribir. Que, más allá de ello, como efecto adicional, tales votos deben ser descontados también para el cálculo relativo a si la sentencia destitutoria (art. 59, CN) está basada en “dos tercios de los miembros presentes” (v. *supra*, III).

2. Que la expresión de “dos tercios de los miembros presentes” debe ser interpretada de tal modo de impedir que los jueces *se sustraigan*, por medio de fuga, de su deber de fallar el caso, de tal modo que la sentencia de culpabilidad, en el sentido del art. 59, CN, sólo puede estar dictada válidamente si se apoya en los dos tercios de votos de todos los senadores que *jurídicamente debían estar presentes*; descontar a ese efecto las ausencias que, según el derecho, eran indebidas, sería convalidar una violación más al *fair trial*, en contra del art. 18, CN; art. 8, párr. 1, CADH (v. *supra*, II).

3. En conclusión final, la Corte Suprema debe declarar que la exigencia de 2/3 de votos, en el sentido del art. 59, CN, se cumplía con **45** votos, si no con **46**, mientras que los cargos más votados (1 y 3 de la causa “Meller”) han logrado sólo **42** “votos válidos” (“válidos” *ad-hoc*, es decir, prescindiendo ahora de los vicios de nulidad total, vicios de parcialidad del tribunal, cosa juzgada parcial, nulidad parcial, etc., que afectan la sentencia por razones completamente independientes de lo que se plantea en este capítulo).

## § 12. Nulidad de la condena de inhabilitación por irregularidad en el cómputo de los dos tercios de votos requeridos (arts. 59, 60, CN)

### I. Planteo de la cuestión

Corresponde tratar ahora un agravio completamente diferente a los anteriores y que consiste en la nulidad de la pena de inhabilitación impuesta en la sentencia del Senado del 28/9/2005, por incorrección en la forma de computar “los dos tercios de los miembros presentes” (art. 59, CN), incluso en el caso de que no se acepte la interpretación por nosotros exigida del art. 59, CN, de “miembros presentes”, es decir, con prescindencia de la cuestión de los “ausentes con aviso” (al respecto, *supra*, § 11, II).

Ocurre, en efecto, que en la sentencia final redactada por el Senado y acompañada a la cédula de notificación, se dice:

“... Emitidos los votos individuales de los 56 senadores presentes...”<sup>176</sup>

Y, sin embargo, en la parte final de la sentencia, pág. 2, antes de la parte resolutive, se lee con relación a la pena de inhabilitación, lo siguiente:

“... 38 votos por la afirmativa en cuanto a la declaración de inhabilidad para ocupar empleo de honor o a sueldo de la Nación —lo que constituye más de los dos tercios requeridos por el artículo 59 de la Constitución Nacional[—] y 36 votos por la afirmativa declarando que la inhabilitación lo es por tiempo indeterminado, lo que también constituye más de los dos tercios requeridos por el artículo 59 de la Constitución Nacional.”<sup>177</sup>

Sobre un total de 56 senadores —aun computando este número con prescindencia de la cuestión de los “ausentes con aviso”—, los dos tercios se alcanzaban con 38 senadores ( $56 : 3 \times 2 = 37,33$ ).

Ello significa que la decisión sobre inhabilitación en sí fue tomada por dos tercios de los senadores que intervinieron en la votación de los cargos (38). Pero sobre la cuestión de si tal pena de inhabilitación se imponía por tiempo *indeterminado* o *determinado* no se alcanzó ese porcentaje (sólo 36), lo cual, ya en el texto de la sentencia notificada al acusado, hace nula la imposición de la pena de inhabilitación al menos por tal “tiempo indeterminado”. Pero, dado que la cuestión de si se impone pena de inhabilitación por tal o cual carácter debe ser decidida efectivamente y no puede quedar sin decidir, el hecho de que la *primera* decisión accesoria, de imponer la pena, haya estado respaldada por dos tercios, no le da validez a la pena de inhabilitación, porque falta una decisión válida relativa a si será por una forma (tiempo indeterminado) o por otra (tiempo determinado).

Tal como el Senado tomó la decisión, no hay una imposición ni por tiempo indeterminado (36) ni por tiempo determinado, de modo que la pena de inhabilitación en sí está formulada, ya en la sentencia, en su expresión formal, de modo contrario a la Constitución Nacional (arts. 59 y 60, CN), por no estar respaldada por una votación uniforme de dos tercios de “los miembros presentes”.

## II. Aclaraciones y puntualizaciones

### A) Número de senadores al inicio de la votación sobre los cargos y número divergente de senadores al ser votada la pena aplicable

El relato anterior se refiere a la sentencia tal como le ha sido comunicada al acusado, siendo que a la cédula de notificación vino adjunta la sentencia, pero *no el acta que documentara la forma de la votación*.

Ciertamente, esa notificación podría haber sido impugnada por incompleta, en razón de que se afirma que “se ha alcanzado los dos tercios”, pero no se adjunta

<sup>176</sup>Resolución DR-1128/5, p. 1.

<sup>177</sup>Resolución DR-1128/5, p. 2, previo a la voz “RESUELVE”.

a la sentencia el acta respaldatoria que documente la forma de la votación, para que el acusado pueda corroborar si tales dos tercios de votos han sido alcanzados.

Dado igualmente que el acusado ha padecido toda clase de arbitrariedades durante el trámite del juicio y que le han sido denegados sus derechos en cuestiones mucho más elementales para el ejercicio del derecho de defensa y respeto del debido proceso (*fair trial*), ha optado por procurarse por sí solo los elementos que podrían respaldar la sentencia, como resultas de lo cual la defensa pudo comprobar la siguiente anomalía:

*a)* Que el número de senadores presentes al ser iniciada la votación sobre los cargos (56) no coincide con el número de senadores presentes al iniciarse la votación sobre la inhabilitación (55), agravándose la cuestión por el hecho de que la votación a tiempo determinado o indeterminado se hizo incorrectamente sobre el número restrictivo de senadores que decidieron aplicar la inhabilitación (38).

*b)* Que a la pregunta de un senador de si los dos tercios debían computarse sobre el total de votos que participaron en la cuestión de la pena de inhabilitación (que eran en la primera fase 55, y más tarde se asienta: 50), o sobre los 38 que habían participado en la cuestión restrictiva del tiempo determinado o indeterminado, se le contestó, erradamente, que en cualquier caso se superaba la marca de dos tercios, cuando esto es inexacto, pues el número correcto de senadores presentes a tener en cuenta (incluso descontando los “ausentes arbitrarios”) nunca puede ser menor al número inicial en que se apoya la votación sobre los cargos principales, a saber: 56 senadores, base que exige, para llegar a dos tercios, un número de 38, que no fue alcanzado en la votación por la “inhabilitación por tiempo indeterminado”.

### **B) Texto pertinente del Acta a partir del cual se debe esclarecer la cuestión**

Para comprender más acabadamente esta cuestión, se transcribe seguidamente la versión taquigráfica existente en el Senado (que debería haber sido acompañada a la cédula de notificación de la sentencia, pero que no lo fue) sobre el resultado de la votación del 28/9/2005, anterior a la redacción de la sentencia, que dice así:

“5

#### **”Inhabilitación**

”**Sr. Presidente.** — Corresponde ahora pasar a votar, de conformidad con lo establecido por el artículo 60 de la Constitución Nacional y el artículo 14 del Reglamento aplicable, si el acusado debe ser declarado incapaz de ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación.

”Se va a proceder a practicar la votación por orden alfabético, por sí o por no.

”**Sr. Losada.** — Pido la palabra.

”**Sr. Presidente.** — Tiene la palabra el señor senador Losada.

”**Sr. Losada.** — Señor presidente: es para una aclaración.

”El voto por el no derecho a ocupar cargos, ¿es «no» o es «sí»?

”**Sr. Presidente.** — El «sí» corresponde a la inhabilitación y el «no» a la no inhabilitación.

”Procedemos a votar.

”— *Se practica la votación nominal.*

”— *Votan por la afirmativa los señores senadores Arancio de Beller, Bar, Caparrós, Capitanich, Capos, Colombo de Acevedo, Conti, Daniele, Fernández, Fernández de Kirchner, Gallia, Giri, Giusti, Giustiniani, Guinle, Ibarra, Isidori, Jaque, Jenefes, Latorre, Lescano, Losada, Martinazzo, Martínez Pass de Cresto, Mastandrea, Mera, Miranda, Morales, Oviedo, Paz, Perceval, Pichetto, Reutemann, Ríos, Rossi, Sanz, Taffarel y Yoma.*

”— *Votan por la negativa los señores senadores Avelín, Bussi, Cafiero, Castillo, Escudero, Gallego, Gómez Diez, Marín, Massoni, Mayans, Maza, Menem, Negre de Alonso, Pinchetti, Prades, Salvatori y Zavalía.*

”**Sr. Presidente.** — Se encuentran presentes 55 senadores.

”— *Luego de unos instantes.*

”**Sr. Presidente.** — Por secretaría vamos a dar a conocer el resultado de la votación con respecto a la inhabilitación [del] doctor Boggiano o no.

”**Sr. Secretario (Estrada).** — Sobre 55 señores senadores que emitieron su voto, 38 lo hicieron por la afirmativa y 17 por la negativa. Es decir que resulta la afirmativa por la inhabilitación dado que supera los dos tercios, que son 37\*.

”**Sr. Presidente.** — A continuación, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento de Procedimiento para el caso de juicio político, corresponde preguntar a las señoras y señores senadores si la declaración de inhabilitación se da por tiempo indeterminado o determinado.

”Los señores senadores deberán contestar por tiempo «indeterminado» o por tiempo «determinado». A tales fines, esta Presidencia señalará alfabéticamente el apellido de cada senador.

”— *Murmullos en el recinto.*

”**Sr. Presidente.** — Tiene la palabra la presidenta de la comisión.

”**Sra. Fernández de Kirchner.** — Primero, tienen que dar el resultado de cómo salió la votación sobre la inhabilitación.

\* Aquí se desliza un *primer* error, y es que el número total de “miembros presentes” debe ser establecido —como mínimo (pues nuestra pretensión principal a este respecto consiste en que los senadores no pueden ausentarse por decisión arbitraria y que sólo pueden descontarse como “no presentes” los senadores ausentes por razones justificadas: no por querer sustraerse a la obligación de votar [al respecto, *supra*, § 11, II])—, por el número de senadores que intervinieron en la votación por *sí* o por *no* en la aceptación de los cargos de la acusación, en el caso: 56 (y no 55), por lo que se requeriría alcanzar 38 votos (y no 37). Más adelante se desarrolla esta cuestión, en el texto. De todos modos, en este *primer* paso sí fueron alcanzados los dos tercios (descontados, como lo hace el Senado, los “ausentes con aviso”), mientras que no ocurrió así en las decisiones posteriores. La concreción de la pena accesoria quedó trunca, por las deficiencias de los pasos ulteriores, tal como se verá más adelante.



”**Sr. Presidente.** — Se acaba de dar.

”**Sra. Fernández de Kirchner.** — Después, los que votaron por «no» no pueden volver a votar porque están fuera de la votación. ¿Se entiende lo que digo?\*

”**Sr. Presidente.** — Tiene la palabra el senador Prades.

”**Sr. Prades.** — Está bien lo que dice, señor presidente: los que hemos votado por «no» no podemos votar por «determinado» o «indeterminado». Solamente lo pueden hacer los que votaron por «sí».

”**Sr. Pichetto.** — Son 38 señores senadores.

”**Sr. Presidente.** — Tenemos identificados a los 38 señores senadores. Entonces, avanzamos con esa votación.

”Por secretaría, vamos a proceder a la definición con respecto a los 38 senadores que se habían expresado por la inhabilitación.

”— Votan por que la inhabilitación sea por tiempo indeterminado los señores senadores: *Arancio de Beller, Bar, Caparrós, Capitanich, Capos, Colombo de Acevedo, Conti, Daniele, Fernández de Kirchner, Gallia, Fernández, Giri, Giusti, Giustiniani, Guinle, Ibarra, Isidori, Jaque, Jenefes, Latorre, Lescano, Losada, Martinazzo, Martínez Pass de Cresto, Mastandrea, Mera, Miranda, Morales, Oviedo, Paz, Perceval, Pichetto, Ríos, Rossi, Sanz, Taffarel y Yoma.*

”**Sr. Presidente.** — Por secretaría se va a dar a conocer el resultado de la votación.

”**Sr. Secretario (Estrada).** — Sobre 50 señores senadores que se encontraban presentes en el momento de tomarles su voto, 36 votaron por tiempo indeterminado, lo cual implica también haber alcanzado los dos tercios, dado que los dos tercios se alcanzan con 34\*\*\*.

\*\* Aquí se desliza un *segundo* error —en el que incurrirá inmediatamente también el senador Prades—, pues los senadores que votaron en contra de la inhabilitación podían participar en la votación del carácter determinado o indeterminado de la inhabilitación, una vez que ésta había quedado fija por la votación anterior (las llamadas “cuestiones vencidas”); sólo que los que hubieran votado por la no inhabilitación estaban obligados a la votación más favorable ya al acusado. De todos modos, dado que la pena final tiene que basarse siempre en dos tercios de los senadores considerados presentes respecto de la votación principal (en el caso, 38 sobre 56, y prescindiendo ahora de nuestro planteo independiente de que, como senadores ausentes, sólo debieran valer aquellos que no se hallan presentes por razones de fuerza mayor [v. *supra*, § 11, II]), no importa tanto cuántos senadores hayan participado de la votación final, sino solamente el hecho de que *no fueron alcanzados los dos tercios de los votos en que se debería sustentar la pena accesoria* (= los mismos dos tercios de la sanción principal, de destitución).

\*\*\* En esta afirmación del señor secretario se anidan varios errores:

1) El total a tener en cuenta no es el de los senadores que se hallaban al momento *final de esta* votación (que allí se indican como si fueran 50, pero en la cuestión de la inhabilitación intervinieron 55), sino el de los que estaban presentes *al momento inicial de consideración de los cargos* (= 56, con prescindencia ahora, de nuevo, de nuestra petición principal al respecto, en el sentido de que las ausencias arbitrarias no pueden descontar la base de cálculo [v. *supra*, § 11, II]).

2) Hay una discordancia entre la lista que se enumera arriba y el número 36, que se da como resultado de la votación, pues la nómina encierra 37 nombres, de modo que un nombre fue incluido allí indebidamente, si es que, como se dice en este párrafo y en la sentencia notificada al acusado, los votos por la inhabilitación por tiempo indeterminado fueron solamente 36. El acusado por sí mismo no tiene modo de saber si el error se registró en el listado o en la expresión del número, pero le fue notificado un número de 36 (insuficiente).

3) Como derivado de 1 y 2 resulta que los dos tercios de votos, computados sobre el total de los senadores que intervinieron en la votación de los cargos (56) era alcanzado con 38 votos, *no con 34*.

”Sr. Presidente. — De conformidad con lo que dispone el artículo 16 del Reglamento de Procedimiento para el caso de juicio político, corresponde que la Presidencia designe a continuación los tres miembros que habrán de redactar el fallo...

”Sr. Giustiniani. — Pido la palabra para una aclaración.

”Sr. Presidente. — Tiene la palabra el senador Giustiniani.

”Sr. Giustiniani. — ¿Los 36 votos por tiempo indeterminado se tomaron sobre los 38, porque usted contabilizó sobre los 50?

”— *Murmullos en el recinto.*

”Sr. Giustiniani. — Ud. acaba de decir que sobre los 50 se necesitaban...

”Sr. Pichetto. — No, sobre los 38.

”Sr. Giustiniani. — Pero que lo rectifique, porque no estaba bien.

”Sr. Presidente. — Sobre los que habían votado antes en favor de la inhabilitación\*\*\*\*.

”Sr. Giustiniani. — Que rectifique lo que dijo la secretaría.

”Sr. Presidente. — Rectifíquelo, señor secretario, porque dice que los votos son de los dos tercios sobre los 38.”

”Sr. Secretario (Estrada). — Sobre los 38 que estaban habilitados para votar.

”Sr. Giustiniani. — Entonces, los dos tercios son sobre esos 38.

”Sr. Presidente. — Sí.

”Sr. Secretario (Estrada). — No, no, no, son sobre los presentes.

”— *Murmullos en el recinto.*

”Sr. Presidente. — Igual, en ambos casos, son los dos tercios\*\*\*\*\*.

”Sra. Fernández de Kirchner. — Hay unanimidad...

”Sr. Presidente. — Hay unanimidad. Alcanzan los dos tercios, en cualquiera de los dos casos.

”Queda constituida la comisión que habrá de redactar el fallo por el señor senador por Mendoza, senador Sanz, el señor presidente provisional, senador Guinle; y la señora senadora por la Ciudad de Buenos Aires, senadora Ibarra.

”Invito a los señores senadores a pasar a un breve cuarto intermedio en las bancas, mientras se redacta la sentencia.

...”178.

Por ende, sea que los votos por la inhabilitación por tiempo indeterminado hayan sido 36 ó 37 (se entiende aquí que eso es imposible de esclarecer) en cualquier caso *no se alcanzó los dos tercios* (= 38).

\*\*\*\* Aquí se desliza otro error. Porque los que habían votado antes, sobre la inhabilitación, eran 55 (no 50, ni 38), pero de todos modos hay que partir del número inicial de 56 senadores presentes al momento de la consideración de los cargos (con prescindencia ahora, insistimos, de nuestra petición principal al respecto, hecha *supra*, § 11, II).

\*\*\*\*\* ¡Error! Si lo correcto es partir de 56, tal como aquí se sostiene, la pena de inhabilitación por “tiempo indeterminado” no está respaldada por dos tercios de los votos, porque sólo hubo 36 o bien 37 votos, pero no 38.

178 Texto de la versión taquigráfica del 28/9/2005, pp. 14/16.

**C) La solución jurídica de la cuestión:  
El cómputo correcto de la base de cálculo**

De lo dicho bajo letra **B**, con la ilustración derivada de la transcripción del acta respectiva —y sus anotaciones al pie—, surge lo siguiente:

El total de “miembros presentes” que utilizó el Senado para ir computando como cumplido el requisito de *dos tercios* que requiere el art. 59, CN, se fue achicando progresivamente a medida en que la pretensión del oficialismo iba perdiendo adeptos a votar de determinado modo, es decir, en la forma más gravosa posible para el acusado (en el eslabón final: “inhabilitación por tiempo indeterminado”, para lo cual la senadora Fernández de Kirchner quiso computar sólo un total de 38 senadores intervinientes, con el asentimiento [errado] del senador Prades<sup>179</sup>).

Sin embargo, al Senado le está impedido ir variando —según conveniencias— la base de cómputo que se tomará como total de *senadores presentes*.

En efecto, la sentencia de condena es un acto *único, continuo*. La pena *accessoria* (inhabilitación) no puede tener una base de legitimación menor que la pena *principal* (destitución). Si se partió de una base inicial de 56 senadores presentes para establecer la sentencia de culpabilidad (admisión de los cargos de la acusación), y más allá de que la defensa parte de una impugnación mayor (no se pueden descontar los “ausentes con aviso”, si la ausencia no está jurídicamente justificada, v. *supra*, § 11, II), en cualquier caso aquella misma base es la que se debe tener en cuenta para esclarecer si procede una sanción accesoria de “inhabilitación por tiempo indeterminado”. Si los dos tercios de 56 equivalen a 37,33, era preciso contar con 38 votos, como mínimo, para cualquier decisión que se quisiera hacer valer como condena.

Aunque esa conclusión deriva ya de meros principios generales sobre la validez de una sentencia condenatoria, lo mismo surge de modo explícito de los arts. 13, 14 y 15 del *Reglamento del H. Senado constituido en tribunal para el caso de juicio político*.

Pues el art. 13 de tal Reglamento establece la solución paralela al art. 59, CN: “Si resultare mayoría de dos tercios de votos...” (etc.). El art. 14 dice que,

<sup>179</sup>Que este criterio era errado lo demuestra lo siguiente. Los senadores que votaron por el rechazo de todos los cargos también participaron en la votación sobre pena de inhabilitación, en su primer estadio de votación: el del “sí o no” de la inhabilitación. Si esto fue visto como correcto, entonces, también era igualmente correcto, por el mismo principio, que aquellos que habían votado por la “no inhabilitación” pudieran participar nuevamente en la cuestión de si la inhabilitación era “por tiempo indeterminado o no”. Esto no es una “pura cuestión de lógica”, como podría parecer a primera vista, sino un principio *normativo*. Pues es un problema conocido en la práctica penal universal el de si, tras las “cuestiones vencidas”, el “juez vencido” puede seguir participando de la votación, para las consecuencias ulteriores, como, p. ej., en caso de la “cesura del debate”, tal como justamente ocurre en el procedimiento del “juicio público” de los arts. 59, 60, CN, reglado por el Reglamento del Senado (arts. 13 ss.). Y la tendencia es la de que no sólo *puede*, sino que *debe* hacerlo. En el juicio a Sócrates, sin embargo (año 399 a.C.), se dio la anomalía de que votaron por la mayor pena (muerte) más jueces (360 sobre 501) que aquellos que lo habían hallado culpable en la sentencia de condena (280 vs. 221), lo que ocurrió en razón de que —con relativa similitud a lo sucedido en el juicio a Boggiano—, los jueces se irritaron, en el ínterin, contra el acusado (respecto de todo esto, cfr. *supra*, § 11, III).

“[e]nseguida, el presidente *preguntará también a cada senador* si el acusado debe ser declarado incapaz de ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación”. Es la regulación paralela a la del art. 60, CN. Al decir allí, pues, “preguntará también *a cada senador*” impone que la pregunta sea dirigida a *cada uno de los senadores que intervinieron en la votación sobre la pretensión principal de la acusación*: admisión de los cargos. Ello así, pues, como ya se dijo, la pena accesoria no puede tener una base de legitimación menor que la pena sobre lo principal (el viejo principio reza: lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

Al parecer, a este respecto, fueron logrados los dos tercios en la primera fase de la votación por la pena accesoria (= 38 votos sobre 56), base que resultó luego trunca, en las fases siguientes.

Pues, acto seguido, se pasó a votar por la posibilidad de “inhabilitación por tiempo indeterminado”, según lo que prescribe el art. 15 del Reglamento. Dicho precepto dice: “Acto continuo, preguntará [el presidente] igualmente a cada uno de los senadores si la declaración de inhabilitación será por tiempo indeterminado o determinado, entendiéndose que ésta es por tiempo determinado si no han concurrido los dos tercios para establecer lo contrario”. Ello significa que la secuencia de votos es *sin solución de continuidad* y siempre siendo interrogado, por cada cuestión, “cada uno de los senadores” que vienen interviniendo en las cuestiones precedentes. Por tanto, la base para establecer el cálculo de dos tercios es *la inicial de la votación de cargos*, que, en el caso del juicio al juez Boggiano, ascendía a 56 senadores. Esto exigía un cúmulo de 38 senadores también para establecer la “inhabilitación por tiempo indeterminado”. Pero tal número no fue logrado (sólo 36, según le fue notificado al acusado).

Según el art. 15 del Reglamento, como se acaba de decir, si no se logra tal razón de dos tercios, rige de pleno derecho una sanción de inhabilitación por tiempo *determinado*. A primera vista, el observador desprevenido podría interpretar que, entonces, hay que entender que la inhabilitación decretada inicialmente *se convierte en determinada, para el juez Boggiano, por aplicación del art. 15*.

Sin embargo, para que una inhabilitación *por tiempo determinado* sea legítima según el Reglamento del Senado, tiene que ser impuesta según cierto procedimiento gradual, a proposición de una Comisión designada al efecto. Si en suma no se logra la mayor pretensión, se pasará a una votación por un término cada vez menor: “Si aun en este caso no se obtuviesen los dos tercios requeridos, deberá entenderse que para el fallo definitivo prevalece el término menor” (art. 15 *in fine*, Regl. cit.). Y ocurre que tal procedimiento fue omitido, justamente porque —por la decidida pretensión de convalidar a ultranza una inhabilitación *indeterminada*— se quiso presentar las cosas como si hubiera sido alcanzado el cupo de dos tercios requerido para la decisión, lo cual, como se demostró, no se dio en la realidad. Mientras que la alternativa de una “inhabilitación determinada” exigía un procedimiento que no fue cumplido, ni llegó a haber en suma tal decisión concreta, siquiera subsidiaria. No se impuso una pena tal y el Senado ya ha perdido competencia imponerla después.

### III. Conclusiones

Corresponde resumir este agravio de la siguiente manera:

**a)** La pena accesoria de “inhabilitación por tiempo indeterminado” no está apoyada en una proporción de dos tercios de los votos que pretenden sustentar la sentencia principal, cuando, justamente, la base de cálculo para la sanción accesoria debe seguir la suerte de la base de cálculo de la decisión principal.

**b)** Como consecuencia de ello, en el supuesto caso de que nuestro recurso extraordinario no prosperara en su pretensión capital, en el sentido de que decaiga la sentencia de culpabilidad en sí misma —es decir, la decisión principal de destitución—, en todo caso la “inhabilitación por tiempo indeterminado” debería ser declarada nula por falta de base de sustentación de votos acordes a esa pretensión.

**c)** Si el Reglamento contuviera una conversión de pleno derecho de una “inhabilitación por tiempo indeterminado” en una “por tiempo determinado a tal o cual número de días, meses o años”, el decaimiento de la pena más severa avalaría la pena menos severa de pleno derecho. Ello empero, en razón de que el Reglamento no prevé una tal *conversión*, sino que para la imposición de una pena de inhabilitación por tiempo determinado establece un procedimiento definido que no se ha cumplido en el caso, y en razón de que un tribunal de revisión no podría imponer por sí la pena faltante (en el caso de que se convalidara la decisión principal), siendo además que el Senado ya ha perdido competencia para imponer una pena de inhabilitación por tiempo *determinado*, la pena de inhabilitación debe ser declarada en sí misma *nula*, por violación a las reglas de procedimiento establecidas para su sustentación.

### § 13. Inconstitucionalidad de una pena de inhabilitación impuesta “por tiempo *indeterminado*”

En el párrafo anterior se trató de la cuestión relativa a *la nulidad* de la pena accesoria de “inhabilitación por tiempo indeterminado” impuesta por la sentencia definitiva del H. Senado, por no haber sido alcanzado el *quántum* de 2/3 de votos.

Ahora se trata de la cuestión relativa a la *inconstitucionalidad* de una pena establecida “por tiempo *indeterminado*”, sobre la base —por más que a la vez haya sido infringida la regla de *mayoría calificada* vigente al respecto— de lo previsto en el art. 15 del *Reglamento del H. Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político*.

Una pena “indeterminada” viola el *mandato de determinación* contenido en el art. 18, CN (*nullum crimen nulla poena sine lege*), en su dimensión de *lex certa*.

Si bien en lo que se refiere *al hecho* que motiva la sanción, por las particularidades del juicio público de responsabilidad de los arts. 53, 59, 60, CN, *la infracción en sí* queda *indeterminada* en la letra de la Constitución (“mal desempeño”), de tal modo que en esa medida no se presupone una *lex certa*, no se infiere de allí que también *la sanción* a aplicar pueda ser indeterminada, tanto en la letra de la ley (Reglamento cit.), como en la sentencia.

La cuestión sería distinta si se tratara de una inhabilitación *perpetua*, porque si bien tal forma de pena está expuesta, según la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la tacha de ser lesiva de los derechos humanos, se le ha reconocido su validez en tanto y en cuanto el sistema respectivo prevea formas de mitigar el carácter perpetuo (*libertad condicional*, respecto de la pena privativa de libertad; *rehabilitación*, respecto de la pena de inhabilitación). En lo que se refiere a la pena de inhabilitación perpetua en particular, el Código Penal argentino prevé la posibilidad de rehabilitación a los diez años de su cumplimiento (art. 20 *ter*, CP).

Mas una pena que se postula a sí misma como “*indeterminada*” lleva ya en sí *la mácula de su indeterminación*, y el sistema legal vigente no conoce ninguna forma de convertirla en una pena *acorde con la Constitución*. Ello sólo podría hacerse “por creación del tribunal”, pero así se violaría también la necesidad de que la pena sea establecida y predeterminada por *la ley*.

En conclusión se tacha de inconstitucional la pena accesoria de “inhabilitación por tiempo indeterminado” (art. 18, CN), una pena que también contraría el art. 5, párr. 2, CADH, por tratarse de una *pena cruel y degradante*.

## § 14. Doctrina “Ogallar” y medida cautelar

### I. Aplicabilidad de la doctrina “Ogallar”

En este estadio del proceso, dado la cuestión federal de la causa y la gravedad institucional que se derivaría si no se detienen los eventuales efectos de la sentencia del Senado es que solicitamos a V. E. se declare admisible la queja interpuesta y, en su consecuencia, se suspendan aquellos efectos hasta tanto se resuelvan por la Corte Suprema esta controversia.

Desde el precedente “*Ogallar, Pablo A. v. Confederación General del Trabajo*”<sup>180</sup>, se ha afianzado la doctrina de esa sentencia en virtud de la cual la Corte Suprema ha suspendido el curso del proceso ante la interposición del recurso extraordinario federal, si los argumentos esgrimidos en ese recurso y mantenidos en la queja pueden involucrar *prima facie* cuestiones federales susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48. En esa línea y recientemente V.E. ha sostenido que “si los argumentos aducidos en el recurso extraordinario federal y mantenidos en la presentación directa pueden, *prima facie*, involucrar cuestiones de orden federal, *debe declararse procedente la queja y decretarse la suspensión del curso del proceso*, sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo del recurso”<sup>181</sup>. A más, *en este mismo proceso*, V.E. ha aplicado, con justicia y certeza, esa doctrina.

<sup>180</sup> C.S., 11-3-1986. La Ley 1986-C-111.

<sup>181</sup> Voto de los ministros Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni. “*Sierra, Fausto y otros c/ Administración General de Puertos*”. C.S., S. 1330. XXXIX, 6-2-2006. Énfasis agregado. Crf., además, *EG 3 S.A. c/Bonomi, Hugo*, C.S., E. 294 XXXIX, 16-3-2004; “*Banco Caseros S.A. s/quiebra s/incidente por Cristina Guerrero de Villamea y otros*”, C.S., B. 693. XXXVI, 26-6-2001; “*Sánchez Cores, Guillermo c/Vila, Alfredo Luis*”, Fallos, 323: 3529

Tal como surge del escrito de interposición del recurso extraordinario federal y del recurso de hecho formalizado ante el Tribunal, *existen en autos cuestiones federales suficientes* propias de las definidas en el art. 14 de la ley 48, el rechazo del mentado recurso por el H. Senado de la Nación *lo fue contra el derecho federal invocado* por nuestra parte e *hizo prevalecer normativa inferior* al bloque de constitucionalidad que emana de los Arts. 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Las cuestiones debatidas en autos son de inusitada *gravedad institucional* e interesan al orden público, pues comprometen seriamente el sistema de la república democrática, consagrado en el Art. 1° de la Constitución Nacional. En efecto, una decisión de una de las dos Cámaras del Congreso ha destituido en el ejercicio de sus funciones a uno de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo ha inhabilitado, afectando la integración de la instancia superior del Poder Judicial Federal, vulnerando, con ello, la división de poderes y en un proceso violatorio de garantías constitucionales. De igual modo sucede, en especial, con el rechazo de las recusaciones que interesan al derecho de defensa en juicio, a contar con un tribunal imparcial, consagrados en el art. 8, párr. 1 CADH. En consecuencia, invocamos expresamente la doctrina de V.E en tanto ha dispuesto la suspensión del curso del proceso, declarando la admisibilidad formal de la queja, *“cuando median en la causa razones de orden institucional o de interés público”*<sup>182</sup>.

A más, las decisiones tomadas por el H. Senado de la Nación son de imposible reparación ulterior y la Cámara legislativa ha actuado como tribunal de única y última instancia y sus resoluciones tiene carácter de sentencias definitivas.

## II. Notificación al Poder Ejecutivo Nacional

Por la misma razón que corresponde aplicar la doctrina *“Ogallar”*, se dan también, en consecuencia, razones evidentes para el dictado de una medida cautelar de no innovar, dirigida al Poder Ejecutivo Nacional, en el sentido de que se abstenga de realizar toda designación en el cargo en el que, en tanto sea abierta la queja, reviste el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Don Antonio Boggiano.

### § 15. Petitorio

I. Por todo lo expuesto, a V.E. solicitamos:

1) se nos tenga por presentados, por parte y con el domicilio procesal constituido en Av. Córdoba 1495, Piso 4.º of. 8, de la ciudad de Buenos Aires;

---

(2000); *“Asociación del Personal del Instituto de Tecnología Agropecuaria y otros c/Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional”*, Fallos 323: 3085 (2000); *“Millone, Vicente Víctor c/Sánchez, Miguel Horacio y otro”*, Fallos 317:1496 (1994).

<sup>182</sup> C.S., Fallos, 294:327.

2) se tenga por acompañado el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial;

3) se tenga por deducida la presente queja en tiempo y forma, con arreglo a lo ordenado por el art. 285 y concordantes del Código de rito;

4) se tenga por acompañados, y como parte integrante de este recurso extraordinario federal, los siguientes documentos:

*a) copia del poder especial conferido por el juez Antonio Boggiano a favor de los letrados aquí presentados (letra “A”);*

*b) cédula de notificación de la Resolución DR-JP-(B)-15/05 emitida por el H. Senado de la Nación emitida el 9 de noviembre de 2005 y notificada a nuestra parte el 10 del mismo mes y año. Mediante esta Resolución se rechazó el recurso extraordinario federal que oportunamente interpusiéramos contra la Resolución DR-JP-(B)-14/05 y contra la Resolución DR-1128/05 del Senado de la Nación, ambas emitidas el 28 de septiembre de 2005, notificada al enjuiciado el 29 del mismo mes y año. (letra “B”);*

*c) copia de la Resolución DR-JP- (B)- 15/05 , que constituye *sentencia definitiva*, emanada del H. Senado de la Nación, y mediante la cual la Cámara de Senadores, en su condición de tribunal de juicio público, rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la defensa (letra “C”);*

*d) copia del escrito mediante el cual fue interpuesto *recurso extraordinario federal* ante el H. Senado de la Nación (letra “D”);*

*e) cédula de notificación de las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05 del 28 de septiembre de 2005, contra las cuales se presentó oportunamente el recurso extraordinario federal (letra “E”);*

*f) copia de las citadas Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR-1128/05 (letras “F” y “G”, respectivamente).*

*g) copia del “Escrito de Defensa” presentado oportunamente ante el Senado de la Nación, como cuerpo principal documental de las alegaciones en favor del juez Antonio Boggiano y en el que fueron introducidas en su momento la cuestiones federales que ahora son traídas a conocimiento de V. E. (letra “H”).*

*h) Copia de la Resolución DR-JP- (B)- 6/05, a sus efectos. (Ver punto 9, c) de este petitorio).*

5) se aplique la doctrina del precedente “*Ogallar*” y se declare admisible la queja;

6) en su consecuencia se declare mal denegado el recurso extraordinario federal;



7) se notifique al Poder Ejecutivo Nacional la declaración de admisibilidad de la queja a sus efectos, en particular con el dictado de la medida cautelar referida en el § 14, II;

8) se ordene remitir las actuaciones obrantes ante el Senado de la Nación y referidas al juicio político que se le sigue al señor juez Antonio Boggiano;

9) oportunamente, se haga lugar a las tachas impetradas contra las Resoluciones DR-JP-(B) 14/05 y DR 1128/05, ambas del 28 de septiembre de 2005, dejando sin efecto los pronunciamientos indicados. En su consecuencia, se declare la violación a las garantías constitucionales en perjuicio del Juez Boggiano dejando sin efecto su destitución como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la inhabilitación impuesta como pena accesoria y se reponga al señor juez en sus funciones.

Las mencionadas resoluciones deben dejarse sin efecto en tanto:

*a)* ha rechazado los planteos de excepción parcial de cosa juzgada y nulidad parcial de la acusación oportunamente interpuestos en el “Escrito de Defensa”, lo que fue ingresado como Expediente N.º P.55/05 (v. art. 1.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05);

*b)* ha rechazado el pedido de suspensión del procedimiento de juicio político formulado por la defensa mediante el Expediente P-113/05, el 28/9/2005, como consecuencia del fallo de la Corte Suprema de fecha 27/9/2005 (v. art. 2.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05);

*c)* ha rechazado el pedido efectuado por la defensa mediante el Expediente P-113/05, de que en cualquier caso se inhibieran de intervenir en el proceso los senadores que oportunamente habían sido recusados en el “Escrito de Defensa” y cuya intervención en el procedimiento —tras el rechazo del planteo por el Senado (art. 1.ª de la DR-JP-[B]-6/05)— se hallaba impugnada por vía del recurso extraordinario que ineludiblemente estará a estudio de la Corte Suprema (v. art. 3.º, Resolución DR-JP-[B]-14/05);

*d)* ha destituido al doctor Antonio Boggiano del cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, con la imposición de la pena accesoria de quedar inhabilitado por tiempo indeterminado para ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación (Resolución DR-1128/05).

Proveerlo así,

SERÁ JUSTICIA.

