

La Casación del Superior Tribunal de Justicia del Chubut (Una muerte anunciada)

Por Gustavo Carranza Latrubesse

Sumario: 1. Finalidad del recurso de casación en el CPrCC de Chubut. 2. Lo que dicen las normas. 2.1. Las causales. 2.1.1. Quebrantamiento de formas. 2.1.2. La violación de la ley o de la doctrina legal. 2.1.3. Interpretación de la ley. 2.1.4. Decisión *extra petita*. 2.1.5. La arbitrariedad. 2.1.6. Interposición y trámite del recurso. 2.1.7. La sentencia de la CSJN en el caso “Gutiérrez”. 3. Qué tiene de extraordinario este recurso. 4. El ominoso Acuerdo 3821/2009. 5. La sentencia de la causa “D’Anna”. 6. El recurso de queja. 7. La adecuación del Derecho interno y el *corpus iuris* de la Corte IDH. 8. El alcance y contenido del art. 25, Convención ADH. 9. Un fallo a medida de lo que no debe ser. 10. La doctrina de la Corte IDH. 11. Los disuasivos penales. 12. Conclusiones.

Extracto:

Los jueces desconocen la vigencia de la Convención ADH, pese a que tiene jerarquía constitucional. Desconocen también la doctrina de la Corte IDH, pese a que es obligatoria para todos los órganos y jueces, de todas las instancias y de todos los fueros. No aplican el control de constitucionalidad ni, menos, el de convencionalidad. El carácter progresivo de los DDHH, es un principio fundado en la dignidad de la persona, y a los jueces no parece interesarles otra cosa que su estatus y beneficio personal. A los litigantes nos queda la ilusión de que sean sustituidos por inteligencia artificial.

Abstract:

The judges are unaware of the validity of the ADH Convention, despite the fact that it has constitutional hierarchy. They are also unaware of the doctrine of the Inter-American Court, despite the fact that it is mandatory for all bodies and judges, of all instances and of all jurisdictions. They do not apply the control of constitutionality nor, less, that of conventionality. The progressive nature of Human Rights is a principle founded on the dignity of the person, and judges do not seem to be interested in anything other than their status and personal benefit. Litigants are left with the illusion that they will be replaced by artificial intelligence

Palabras claves. Casación. Decisión justa. Apartamiento del orden normativo. Abuso de las formas.

1. Finalidad del recurso de casación en el CPrCC de Chubut. La finalidad del recurso de casación es, en todos los Códigos Procesales Civiles y Comerciales (CPrCC, en adelante), que el litigante obtenga de un órgano o tribunal superior, una sentencia ajustada a Derecho, conforme a la pretensión expuesta en la demanda, sostenida en la prueba producida en el juicio y amparada por una determinada norma jurídica; o, por un acto jurídico celebrado en las condiciones

en que la ley civil o comercial, lo permita (tal, como lo indican los arts. 259 y 279, CCC). Desde mi humilde punto de vista, apotocado en sesenta años de estudio, más los cinco de Universidad y en la experiencia personal, en la administración de justicia y en la práctica profesional, es la realización de la promesa contenida en el Preámbulo de la Constitución Nacional (CN, en adelante), de afianzar la justicia. Es plausible que el deseo, el ansia, de justicia, sea la más fuerte motivación del ser humano y, según creo, la Corte IDH afirma con razón que obtenerla es un derecho humano fundamental (entre otras, Corte IDH, Caso “López Álvarez c. Honduras”, Sentencia N° 141, de 01/02/2006, párr. 148).

Tanto en el CPrCC de Chubut, mi provincia de adopción, con 57 años de residencia en la ciudad de Comodoro Rivadavia, como en la mayoría, pese a la calificación de extraordinario, se reduce a causales particulares en la que es necesario expresar con claridad en qué consiste el agravio que lo motiva, sin expresiones formales determinadas ni, menos, sacramentales; un lenguaje claro que desnude el error del juzgador en consonancia con la pretensión articulada y la prueba colectada, con precisión respecto a lo que se quiere que se anule o modifique. Así de simple y así de sencillo. Solo que los cultores de las formas cercenaron el verbo transitivo (aquel que “requiere un objeto directo sobre el cual el sujeto ejecuta la acción”) que la ley impone (“expresará”) y convirtieron al recurso en un inextricable laberinto de exigencias que la norma procesal, de orden público y de aplicación inmediata, no establece. Esa palabra, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “Manifestar con palabras, miradas o gestos lo que se quiere dar a entender”. Desde que se interpone por escrito, quedémonos en las palabras, a través de las cuales nos hacemos entender en el lenguaje jurídico.

Pienso que en un mundo donde se reducen y apocopan las palabras (‘fin de semana’ es ‘finde’, y así variadas expresiones se reducen), se informalizan las relaciones sociales, grandes y chicos se tutean sin mucha consideración ni demasiado respeto por la investidura (el ‘Excmo. Señor’ ha desaparecido del lenguaje, usado para dirigirse al presidente de la Nación, a quien se indica por su nombre de pila), la posición social o la preeminencia personal o científica; y, hasta las ‘malas palabras’ campean en radio, televisión y hasta en los discursos políticos, y no sólo de barricada. Rebuscar significaciones a las conductas que deben desenvolverse en los ámbitos judiciales, traduce una oculta voluntad de omitir esfuerzo, dedicación y esmero; los jueces y tribunales crean y usan, todos los días, los clichés que, como expresiones dogmáticas o dogmatismos, imponen a los litigantes su ausencia de ganas de pensar en función de aquel trío esencial (pretensión, prueba, Derecho). Entonces, desmerecen el discurso que contiene la crítica con una afirmación imposible o muy difícil de retrucar, a menos que el órgano superior no se valga de la misma treta; tales: ‘no acredita’; ‘no demuestra’;

‘es una mera disconformidad’. En las 40 páginas que, infructuosa e injustamente, los jueces con apóstrofes malignos, destruyen nuestros argumentos con estos dogmatismos, se explayan las razones de nuestras quejas, así como las pruebas omitidas y las normas inaplicadas o violentadas. Lo peor de ello, pues lo malo es evidente, es cuando escudan en ellos sus tendencias, creencias, compromisos, como cuando fiscales y jueces opinaron en su momento que la ley 27.610 que autoriza el IVE, no violentaba la CN, la Convención ADH, la Convención de los Derechos del Niño, el art. 19, del CCC, la ley 26.061. Transforman lo evidente en falso, sosteniendo en sentencia con destino de cosa juzgada, infinidad de tropelías de diversa etiología. Y. lo que digo siempre, fundado en la alegoría de la viña, la autoridad, que es obligación de servicio, se troca en interés y provecho propio.

Según creo, ese obrar perverso autoriza a cada letrado a formular una denuncia penal contra el autor y los autores que, sistemáticamente, actúan de ese modo, sin olvidar que es una desconsideración con el abogado, en especial con aquel que pone empeño en el escrito para demostrar su aserto. El querido profesor Morello recordaba, con elogio, al gran juez Melo, por la dedicación y esmero que ponía en sus sentencias para explicarle al colega litigante que no tenía razón en su argumento. Y, es claro, que ninguno de los que pueblan hoy los estrados provinciales alcanzan un décimo de su talla.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN o CS, en adelante), preocupada también por los excesos de los superiores tribunales de la causa, ha dictado fallos señeros intentando limitar estos abusos. Sólo que esos tribunales superiores conocen el antídoto que elimina sus nocivos efectos pues, la propia CSJN se los ha entregado en bandeja. En cuanto a lo primero, la CS ha dicho:

“Si la recurrente **expuso argumentos suficientes sobre el tema** que pretendía someter a conocimiento de la alzada, cumpliendo de tal modo con las exigencias legales para sustentar la apelación, la negativa del tribunal de grado a atender los planteos expuestos se presenta revestida de un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa” (CS, 19/12/1995, “Herrera, Bernardino Timoteo y otra c. Roveda, Arturo Norberto”, *Fallos* 318:2600).

Y ha dicho también que:

“Procede el recurso extraordinario, **no obstante que no satisfaga adecuadamente** los requisitos de admisibilidad, en particular el de fundamentación suficiente por las remisiones que en él se hacen a otras piezas del expediente, y no contener una crítica pormenorizada de todos los argumentos desarrollados por el sentenciante, si los agravios que trae el apelante a la consideración de la Corte son suficientes, **toda vez que**

plantean de modo claro el problema y la ofensa constitucional que la decisión le causa”

(CS, 05/03/1987, “Bouzas H. y Cía. SA. c. MCBA”, *Fallos* 310:450; CS, 26/05/1987, “Medina, Juvenal Junaquino”, *Fallos* 310:1000; CS, 01/09/1992, “Pombo Santarcángelo SA. c. Comisión Nacional de Valores”, *Fallos* 315:1854; CS, 21/12/2000, “Méndez Acosta, Carlos Manuel c. Vipos Sociedad Anónima y otro”, *Fallos* 323:4173).

Y, dijo también, que lo que habilita la jurisdicción de la CS, “es la previa decisión de la cuestión federal por el tribunal a quo”; y agregó:

“Las limitaciones de orden local no pueden ser invocadas por los máximos tribunales provinciales para rehusar el abordaje de las cuestiones federales sometidas a su conocimiento” (CS, 02/03/2016, “Lajmadi”, *Fallos* 339:194, Considerando 5°).

Agregó que deben pronunciarse respecto de los agravios constitucionales oportunamente planteados por las partes (CS, *Fallos* 310:324; 317:2478, y considerando 6°, de “Lajmadi”). Doctrina que había sostenido antes en “Strada”, *Fallos* 308:490; y en el ya citado CS, “Di Mascio”, *Fallos* 317:2478).

Cabe agregar que la introducción oportuna de la cuestión federal sólo rige respecto de las cuestiones federales previstas en el art. 14 de la ley 48 (CS, “Allende”, *Fallos* 308:568, CS, “Baca”, *Fallos* 324:547). Y no requiere de fórmulas sacra-mentales (CS, *Fallos* 292:296; 294:9; 302:326; 304:148, entre otros).

Y, por consiguiente, no aplica respecto de la arbitrariedad:

“pues las partes no tienen por qué admitir de antemano, que el juzgador podría incurrir en ese fundamental defecto” (CS, 07/12/2004, “González, Eduardo Andrés c/ Trenes de Buenos Aires”, *Fallos* 327:5528; CS, 18/12/2007, “Sánchez de Elyeche, Sara Marta c/ Domínguez, Daniel Oscar s/ Ejecución de honorarios”, que no aparece en el tomo respectivo).

Y también ha fustigado el excesivo rigor formal con que se deniegan los recursos, sosteniendo que procede su anulación:

“en particular, cuando se veda el acceso a la instancia judicial revisora, lo que importa un cercenamiento a esa garantía, en cuanto requiere no privar a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle por medio de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (Fallos: 295:906; 299:421). Ello significa, ni más ni menos, la real posibilidad de obtener la efectiva primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia (Fallos:

247:176; 268:413; 279:239; 283:88 y específicamente Fallos: 311:2082; 312:767; 314:1661, entre otros)” (CS, 09/02/2023, “Flores, María José c/ EN - M Público de la Defensa”, *Fallos* 346:12; CS, 28/02/2023, “Li, Qingyu c/ EN – M Interior - DNM s/ recurso directo DNM”, *Fallos* 346:84).

Se agregó allí la necesidad de instruir:

“un proceso llevado en forma y que culmine con una sentencia fundada (Fallos 295:906; 299:421). Ello significa, ni más ni menos, la real posibilidad de obtener la efectiva primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia (Fallos: 247:176;268:413; 279:239; 283:88 y específicamente Fallos: 311:2082; 312:767; 314:1661, entre otros)”.

También utiliza el giro ‘observaciones dogmáticas’ cuando el tribunal de apelaciones recurre a ellas para denegar la vía recursiva intentada:

“Es arbitraria la sentencia que declaró desierto el recurso de apelación, toda vez que la cámara ha desarrollado diversos argumentos para intentar mostrar que el recurso articulado se hallaba desierto pero sin embargo, solo fueron observaciones dogmáticas que no reflejan el estudio cabal de la pieza recursiva, a la par que evidencian que se ha eludido el examen de planteos conducentes” (CS, 09/02/2023, “M., G.A. c / Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Leyes especiales”, *Fallos* 346:37).

Refiere allí a la necesidad de fundar las decisiones, sosteniendo que:

“es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de las controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática”.

Y, consecuentemente, agregó allí que:

“Aun cuando la valoración del contenido de un memorial de agravios remite al examen de cuestiones de índole procesal, ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para la apertura del recurso extraordinario cuando lo decidido al respecto solo cuenta con un fundamento aparente y soslaya el tratamiento de cuestiones decisivas oportunamente introducidas por las partes”.

También ha sido indulgente respecto de las exigencias de las formas previstas en la Acordada N° 4/2007, art. 11, como cuando perdonó a la recurrente haber omitido la carátula de la queja. En sus palabras, la CS dijo:

“que el haber omitido acompañar la carátula a que hace referencia el art. 2° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 no constituye un obstáculo insalvable corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario” (CS, 22/02/2011, “Ardiles, Feliciano Haydée c/ Nuevo Ideal S.A. s/ daños y perjuicios”, *Fallos* 334:36; pero no recomendaría abusar de ese fallo pues allí la CS fue indulgente con la Compañía de seguros, que fue quien interpuso la queja y le concedió el recurso extraordinario denegado, para revocar el fallo de la alzada e imponerle al asegurado la limitación de la cobertura prevista en la póliza).

Menos rigurosa se mostró en la causa “Arzúa”, al admitir una reposición, con el siguiente fundamento:

“A fin de no incurrir en un exceso de rigor formal, y en razón de lo resuelto por la Corte en el precedente “Schnaiderman” (Fallos: 331:735), corresponde hacer lugar al recurso de reposición y dejar sin efecto el pronunciamiento que desestimó el recurso de queja por no haber cumplido con los recaudos previstos en el art. 4° de la acordada 4/2007, ya que si bien el escrito no satisface los recaudos establecidos en dicha norma, el incumplimiento se circunscribe a un exceso en once renglones respecto del máximo permitido por la norma” (CS, 02/03/2011, “Arzúa, Horacio Ricardo Mario c/ Estado Nacional-Adm. de Parques Nacionales. Res. 11/200”, *Fallos* 334:196, y sus citas, CS, “Schnaiderman”, *Fallos* 331:735 y CS, 02/03/2011, Causa B.886.XLIII “Bustos, Jorge Alberto c/ Ministerio de Economía – Secretaría de Hacienda”, no está publicado, pero sí relacionado en la causa “Arzúa”).

Y, en cuanto a lo segundo, el antídoto, lo sirvió en dos pócimas poderosas: Una, al sostener que la doctrina de la arbitrariedad no habilita, salvo casos especiales, las impugnaciones de las decisiones de los superiores tribunales de provincia (CS, *Fallos* 302:418; 308:641; 308:885), aunque suele ser generosa en establecer las excepciones. La otra, apunta a no cuestionar las decisiones de los superiores tribunales de provincia vinculadas, precisamente, a la procedencia de los recursos internos. En sus palabras:

“es facultad privativa de los más altos tribunales juzgar la admisibilidad de los recursos locales ante ellos planteados, debe dejarse de lado esa regla cuando se alega un excesivo rigor formal que podría conducir a la frustración del derecho invocado y un menoscabo a la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 342:1203; 343:110, 1181, entre muchos otros)”.

Pero reitera que:

“este Tribunal ha dejado establecido que las limitaciones de orden local no pueden ser invocadas por las superiores instancias provinciales para rehusar el abordaje de las cuestiones federales sometidas a su conocimiento (Fallos: 308:490; 311:2478; 334:295, entre otros)” (CS,17/02/2022, “Municipalidad de la Ciudad Capital de La Rioja s/ casación”, *Fallos* 345:61).

Pero ha dicho también que las limitaciones recursivas del régimen legal provincial no pueden ser óbice que impida el conocimiento por los superiores tribunales de provincia, de las cuestiones debatidas y fundadas que podrían vulnerar derechos constitucionales. Y que, si bien es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia pudiendo, por ende, establecer las instancias que estimen convenientes, no pueden impedir que los magistrados locales consideren y apliquen en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes (CS, 03/03/2011, “Guerrero, Estela Mónica c/ Rubén Leandro Insegna”, *Fallos* 334:120; CS, 12/08/2021, “Price, Brian Alan s/ Homicidio”, *Fallos* 344:1952).

En fin, el principio o doctrina que alienta el esfuerzo del abogado en mostrar el error, de hecho y de Derecho, que anida en las resoluciones de las cámaras de apelaciones (me refiero a las de Chubut, aunque se advierten en varias otras), es lo que está en juego. Y ya no quedan jueces como el doctor Melo, preocupados, cuando corresponde mostrarle al colega su error de enfoque o, simplemente, por qué es improcedente su recurso. Me permito hacer un paralelismo, aunque poco defendible en puridad, pero bueno en tanto pone en el corazón del juez su vocación de verdad y de justicia. Tal, que cuando decimos que la jurisdicción ha de facilitar la acción, antes que rechazarla, por qué no aplicar la idea al recurso que, también, es una suerte de acción (pretensión, dicen los procesalistas) que se requiere o ejercita ante un órgano superior. Me acompaña en esto la doctrina de la Corte IDH, el carácter progresivo de los derechos humanos reconocidos, pero, también, la letra de la Convención ADH. El art. 25.1, CADH, habla de un recurso “sencillo y rápido”; algunas sentencias hablan de ‘fácil’ y esto significa algo que no reviste dificultad (“fácil, simple, ligero, sin esfuerzo; que no exige esfuerzo ni implica dificultad”).

Y, si esto fuera así estaríamos en un país y tiempo ideal, porque la pregunta es ¿por qué los jueces lo hacen difícil, escabroso, intransitable, engorroso? Gran parte de la culpa la tienen los procesalistas, cultores de las formas cuando, en rigor, éstas deben abastecer, apoyar, ayudar a consagrar el Derecho positivo vigente; y la verdad jurídica objetiva, como dice la CSJN. Y una parte, que no me atrevo a

conmensurar, reside en los mismos jueces, cuyas mentes esconden variopintos supuestos, desde aquel ‘cuasidelito’ del viejo Derecho Romano referido a “cuando el juez hace suyo el proceso”, que encerraba y encierra conductas ajenas a la excelsa función que el Estado les encomienda, y que no alcanzan a ponerle coto normas como el art. 248 o el art. 269, Código Penal de la Nación; ello, un poco, porque los que juzgan a los jueces son también jueces, y no sea que, algún día, se vean sentados en el banquillo de los acusados. Recuerdo que hay un viejo fallo (“Irurzun”) de la CSJN que impide promover acciones de responsabilidad en tanto los jueces estén en funciones; y, si uno espera a que renuncien o se jubilen, la acción habrá prescripto.

A veces, el exceso de tareas, que obliga a recurrir al ‘corte y pegue’, permite estos derrapes; otras veces, a la molicie intelectual; otras, a que desde que asumieron su cargo no volvieron a hacer un curso ni, menos, asistir a una conferencia. Yo conocí y critiqué a uno, de primera instancia, que ante un problema difícil decía “esto es para tres” (que son los jueces de cámara). Y, también lo hubo, como en la sentencia de la Corte IDH en el Caso “Mendoza c. Argentina” (Sent. N° 260, de 14/05/2013), en que mandó al Estado a organizar cursos sobre derechos humanos para los jueces y otros funcionarios, lo que no oculto que me da vergüenza ajena.

Sé de otros, en el caso, penales, que siguen a pie justillas fallos del STJ que han sido revocados por la CSJN, como es el caso de la facultad de la víctima de provocar la investigación penal, aunque el Ministerio Público Fiscal (MPF) sea omiso en hacerlo (art. 195, inc.3°, CChu; arts. 15, 38, 99, 102, CPrP de Chubut). Y como soy hombre de campo, no hago lo del tero que pega el grito en un lado y en otro pone los huevos. A cuatro de ellos, he denunciado penalmente por violar sistemáticamente la Ley Suprema de la Nación, y los he denunciado al Consejo de la Magistratura, donde se tapan conductas que no se quieren investigar. Como es fácil advertir, la previsión de ‘afianzar la justicia’ del Preámbulo de la CN, seguirá siendo una promesa incumplida.

Siempre he pensado que la única causal para abrir la casación, debía ser la ‘violación de la ley o doctrina legal’ que, en el CPrCC de Chubut contiene la ‘arbitrariedad’. En rigor, porque es la que se produce en la inmensa mayoría de los casos. Véase que el CCC, en sus arts. 1 y 2, se refieren, en orden a la interpretación y aplicación del Derecho, a la “ley que corresponde al caso” enriquecida, diré, con la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos celebrados por la República. Se me puede criticar, los cultores de las formas, esos a los que gusta transitar caminos escabrosos, que es un esfuerzo de simplificación que convertiría en papel mojado bibliotecas enteras de Derecho Procesal. Tal vez sí; pero, si así fuera, cuán prístino, fácil y seguro sería el tránsito al superior tribunal de la causa, donde debe dirimirse, precisamente, la aplicación de la ley

que rige el caso, según la pretensión, los hechos y las pruebas, lo que pondría a salvo el derecho a la legalidad que postula el art. 19, CN; y art. 9, CADH.

Es corriente que el STJ diga que el análisis de los hechos es propio de los jueces de la causa y ajenos a la facultad revisora del tribunal, con lo cual se cercena parte sustancial del recurso, porque son los hechos y las pruebas los que deben determinar si la pretensión ejercida tiene andamio jurisdiccional, porque hay una norma legal que debe aplicarse al caso. Claro está, que la ‘casación argentina’ diseñada por la CSJN en causa penal en el caso “Casal” (CS, 20/09/2005, *Fallos* 328:3399), es reiteradamente desconocida por el STJ de Chubut, aunque adoptada de modo expreso en causa penal (vgr., STJ Sala Penal, 20/12/2006, “P. M. H. s/ Robo agravado por ser cometido con el uso de arma de fuego”, Expediente N° 20.481 – P – 2006; Sent. N° 78/2006); supongo que es conocido que allí se dijo que el análisis de los jueces de casación debe versar sobre los hechos, las pruebas y el Derecho, sin distinción alguna entre ellos; deben conocer “de todo lo que sea posible conocer”. En sus palabras:

“No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto” (Cons. 26, últ. párr.).

Que las provincias argentinas tienen derecho a regular su administración de justicia, previendo tribunales, otorgándoles competencia y hasta regular los procedimientos (arts. 5, 6, 125, CN), es cierto pero, esas normas están ‘afectadas’ por la vigencia de los tratados sobre derechos humanos que, como la Convención ADH, de igual jerarquía que la CN (arts. 31 y 75, inc. 22, CN), forman la Ley Suprema de la Nación, y las constituciones de provincia y sus leyes deben adecuarse a ellas, cualesquiera sean sus disposiciones (art. 31, CN). Por ello, sostengo a menudo que la Ley Suprema se forma con la CN, con los instrumentos internacionales dotados de su misma jerarquía y según el ‘orden público’ de la CN (art. 27, CN) respecto a los tratados con las potencias extranjeras, con las leyes que en su consecuencia se dicten y, también, con la CChu en la medida en que ésta ha hecho suyos los principios y garantías de los instrumentos internacionales (arts. 9, 10, 18.9, 22, 45, CChu). Y quienes la violen, poniendo en manos de persona, grupos o gobierno alguno, la vida, el honor y el patrimonio de los argentinos y habitantes de nuestro suelo, merecen el estigma y las sanciones de los infames traidores a la Patria (art. 29, CN). Aunque soy un estudioso y respetuoso defensor de la CN, a los que les parezca ‘extremista’ porque denuncie a jueces que la violan, les digo que, si hubiera muchos siguiendo la ‘causa constitucional argentina’, el Pueblo tendría más libertad, más derechos y mejores expectativas de desenvolverse en democracia sus capacidades y esfuerzos. Pienso lo que se atribuye a Ronald Reagan haber dicho: “Cuando el gobierno se expande la libertad se contrae”; “Nosotros el Pueblo

le decimos al gobierno qué hacer. El hombre no es libre a menos que el gobierno sea limitado”.

Y hay otra cuestión relevante: La obligación de adecuar el Derecho interno a las garantías de la Convención (art. 2) y el consecuente deber de hacer el ‘control de convencionalidad’, sumado al control difuso de constitucionalidad que pesa en todos los jueces, de todos los fueros, de todas las instancias. Cuando la Corte IDH, en su *corpus iuris*, se refiere al debido proceso, en donde el derecho al recurso está previsto de modo expreso (arts. 8.2,h y 25.1, CADH), los requisitos contenidos en el art. 8, deben respetarse no sólo en el proceso penal sino en toda suerte de procesos, incluyendo los procesos disciplinarios (Corte IDH, Caso “Baena c. Panamá”. Fondo Reparaciones y Costas. Sent. N° 72, de 02/02/2001).

En sus palabras, en el párr. 125 dice:

“La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, **tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes**”.

Y, en el párr. 127, sostiene:

“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

Más tarde, en la sentencia del Caso “López Álvarez c. Honduras”, Sent. N° 141, párr. 148, volverá a hablar del derecho humano a la sentencia justa. Creo que los jueces de Chubut no se han enterado, a 39 años de vigencia de la Convención ADH, que se ha producido un cambio de paradigma, que no es otro que elevar la dignidad de la persona en “*cualquier circunstancia*” (art. 51, CCC). El art. 52, CCC, dispone:

“Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo I”.

La Corte IDH ha dicho con claridad, que:

“Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154; Corte IDH. Caso “Neira Alegría y otros c. Perú”. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75; Corte IDH, “Caso Durand y Ugarte c. Perú”. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 69).

2. Lo que dicen las normas. Por razón de completitud corresponde consignar el contenido de las normas que regulan la casación en el CPrCC de Chubut y de la queja, para el supuesto de su denegación. Están previstos y regulados en 19 artículos, desde el 289 al 302, ambos inclusive, en el Capítulo V, destinado a los recursos extraordinarios, y Sección 1ª para el recurso de casación y de la queja, cuando aquél es denegado por la cámara, ante quien se interpone.

2.1. Las causales. Se trata de tres formas recursivas, con características propias: la casación propiamente dicha, el quebrantamiento de formas y la arbitrariedad. Como ha de verse, la primera y la última, tienen una mínima regulación esencial, donde, en rigor, la arbitrariedad no tiene contenido normativo alguno, con lo que permite el exceso autoral de los cultores de las formas. Los textos dicen:

“289. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DEL RECURSO. IMPROCEDENCIA.- El recurso de casación procede ante el Superior Tribunal de Justicia por quebrantamiento de forma y violación de la ley o doctrina legal, contra las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras de Apelaciones o Tribunales de última o única instancia.

Para los efectos de este recurso se entiende por sentencia definitiva la que aún cuando haya recaído sobre un incidente, termine la litis o haga imposible su continuación.

No procederá el recurso de casación contra la sentencia recaída en aquellos juicios que después de terminados, no obstan a la promoción de otro sobre el mismo objeto”.

Esta última disposición da sustento a que, como principio, el recurso de amparo no admita el recurso extraordinario federal, sosteniendo la CS que no tiene carácter definitivo (CS, *Fallos* 311:1357 y 2319), pero dice que:

“tal principio no es absoluto y admite excepciones cuando lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior” (*Fallos* 315:1361; 316:1909; 317:164).

Entre esas excepciones, la CS lo ha admitido en un supuesto de guarda de una menor (CS, 20/04/2023, “G., A.C. y otro s/ Guarda con fines de adopción”, *Fallos* 346:265). Y, en el mismo pronunciamiento, repite su doctrina precedente, en que sostiene que:

“Las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local deducidos por ante ellos no son, en principio, revisables en la instancia del art. 14 de la ley 48; empero, dicho criterio admite excepción cuando la sentencia impugnada conduce, sin fundamentos suficientes o mediante una inadecuada ponderación de las circunstancias del caso, a una limitación sustancial de la vía utilizada por los recurrentes, afectando su derecho de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional)”.

Cabe consignar que la CS ha declarado que procede el recurso extraordinario en etapa de ejecución de sentencia:

“cuando lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior” (CS, 17/11/2000, “BNA c. INMOWA”, *Fallos* 323:3909 y sus citas, 319:2508 y 3417; 320:446; CS, 14/03/2017, “Gargano, Diego c/ BNA s/ Ejecución de honorarios”, *Fallos* 3328:1569; CS, 14/03/2017, “Bedino, Mónica Noemí c/ TELECOM”, *Fallos* 340:141).

También lo admite la CS en la apelación extraordinaria contra la sentencia que deniega la recusación, aunque anticipa su carácter restrictivo que, el STJ de Chubut, toma como principio general casi inmutable, especialmente cuando tiene que ocultar a los ojos de la Corte, el rechazo a una recusación ineludible, como es la que acaece frente, por ejemplo, a la falta de apartamiento de una juez de cámara, subrogante en el STJ, concuñada del apoderado del demandado y cuñada de la también apoderada del demandado, no obstante que el art. 32, CPrCC del Chubut, declara a esa conducta como ‘falta grave’ (autos “S., C.E. c. P., D.E.B. s. Ordinario”, Rec. de queja, Expte. del STJ N° 25.317/2020; y como allí no se andan con chiquitas, también el Consejo de la Magistratura, deniega la investigación de la denuncia). Si bien sostiene la CSJN que las causales objetivas de recusación remiten a cuestiones de hecho y de derecho procesal, ajenos por su naturaleza al recurso extraordinario (*Fallos* 308:1347; 310:937), agrega que:

“no es dudoso que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio (*Fallos* 198:78; 257:132; 315:584, disidencia del juez Fayt)”.

Agrega, con alentador espíritu democrático y republicano, que el carácter restrictivo de la recusación:

“no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso” (CS, *Fallos* 321:3504, voto del juez Fayt).

En votos separados, se sostiene que existe cuestión federal suficiente pues se pone en discusión la garantía del juez imparcial, reconocida entre los derechos implícitos del art. 33, CN, y deriva de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CN; art. 26, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 14.1, PIDCyP; art. 8.1, CADH; art. 10, Declaración Universal de DDHH, contenidos en el art. 75, inc. 22, CN) (CS, *Fallos* 326:3842, voto de los jueces Maqueda y Vázquez, con cita del art. 14, inc. 3º, ley 48).

Cada vez que un tribunal, especialmente, colegiado (cámara o superior tribunal de la causa), rechaza una recusación que, objetivamente, tiene sustento aún en la sospecha de parcialidad, pone en tensión la garantía de la defensa en juicio; es por ello que la CS habilita su intervención:

“cuando resulta necesario adecuar la intervención de la alzada cuando se configure un supuesto de transgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia (Fallos 323:3314, “Chiarieri”)” (CS, 25/02/2021, “Asoc. Civil Inter Artis Arg.”, *Fallos* 344:163).

2.1.1. Quebrantamiento de forma. El art. 290, CPrCC, refiere a una de las causales de la casación chubutense:

“290. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.- El recurso de casación, por quebramiento de forma, procede cuando se hubieren violado las formas y solemnidades sustanciales prescriptas para el procedimiento o la sentencia, siempre que la nulidad no haya sido consentida por las partes”.

Las formas y solemnidades sustanciales para el procedimiento y la sentencia son, sin hesitación, violación de la ley aplicable; si es de índole procesal, en tanto es de aplicación inmediata y de orden público, será pura y simple violación de la ley, y procederá el recurso extraordinario, según la CS:

“El apartamiento de la regulación procesal, en sentencia definitiva, habilita la intervención de la Corte Suprema (“Di Nunzio”, Fallos 328:1108)” (CS, 08/07/ 2021, “Procurador General en causa Blaquier”, *Fallos* 344:1716, Cons. 8º). Aunque es conocida su doctrina de que las cuestiones procesales no habilitan la procedencia del recurso extraordinario, salvo arbitrariedad, violación del principio de congruencia como inaplicación de una prueba decisiva.

Cuando se trata de la violación de una norma del Derecho común, ya hay decisión de la CSJN de que, en tal caso, procede también el recurso extraordinario, aunque condicionado:

“Si bien lo atinente a la interpretación y aplicación de normas de derecho común relativas al seguro de responsabilidad civil configura materia ajena, en principio, a la vía excepcional del art. 14 de la ley 48, ello no resulta

óbice para su consideración por la Corte cuando el a quo ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa” (CS, 13/04/2023, “Fernández, Karina Elizabeth c/ Clínica Cruz Celeste S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos* 436:259).

En muy apretada síntesis, el quebrantamiento de formas, que yo expurgaría de una regulación procesal, acaece y puede cuestionarse por vías diversas, con lo que pierde su identidad de causal autónoma, ya que no lo es. Tales vías son, las que apuntan a una forma exigible, violentada (a modo de ejemplo, que la sentencia no lleve la firma del juez, aunque algunos códigos, principalmente penales, permiten que la sentencia sea firmada en tiempo posterior al acto sentencial); la firma de las partes, tanto en el instrumento privado como en el público, es esencial, salvo que el escribano actuante deje constancia de la imposibilidad de firmar de una de ellas y que otro suscriba el acto a ruego. El art. 316, CCC, plantea el caso de las enmiendas y entrelíneas que no lleven la firma de las partes; en tal caso, el juez determinará el valor del instrumento en orden a su “*fuera probatoria*”. El art. 319, CCC, marca las pautas a tener en cuenta por el juez para determinar ese valor probatorio. El párr. final del art.294, CCC, determina que el instrumento mantiene validez en la medida en que esté firmado por las partes, de donde la firma es esencial, porque prueba la autoría de la declaración contenida en el instrumento (art. 288, CCC). Pero, por cierto, el CCC admite como prueba instrumental documentos no firmados (art. 287, CCC), aunque la norma no determina allí su valor.

Como el CCC contiene un capítulo especial sobre ‘interpretación’ (arts. 1061 a 1068, ambos inclusive), referido al contrato, que va más allá de la antigua fórmula de lo que las ‘partes entendieron obligarse, actuando con cuidado y previsión’, lo que sobre el punto resuelva el juez, puede dar lugar a la causal de arbitrariedad, más que a la de quebrantamiento de formas. Y, en tal caso, por qué habría de ser extraordinario el recurso.

2.1.2. La violación de la ley o de la doctrina legal. El art. 291, CPrCC, trata, específicamente, de la causal de violación de la ley o doctrina legal. Acerca de la violación de la ley, he de recordar que en un trabajo de investigación que llevé a cabo, analizando cien fallos de la CS, pude constatar que la Corte ha utilizado todas las formas de interpretación que la Hermenéutica permite, aunque el contenido de esta ciencia tiene sus complejidades, se consideren o no las doctrinas de los autores acerca de su alcance. Así, se dice que sería un conjunto de perspectivas teóricas mutuamente interrelacionadas, que comparten orientaciones metodológicas en la práctica de la investigación cualitativa (concepto que se atribuye a Mejía, 2002) y, ésta, haría pie en los significados de las acciones humanas y de la vida social. Tal vez, las dificultades que presenta la interpretación

de la ley, hayan llevado a la CSJN, a adoptar, según el caso, la que mejor traduzca la intención del legislador, donde el tenor literal aparece como el más seguro método de comprensión.

Ha dicho que resolver en contra del tenor literal, claro y expreso, es contrario a la hermenéutica generalmente admitida por la Corte Suprema. Así, ha dicho, en fallo reciente, que ello:

“importaría **prescindir del texto legal aplicable al caso**,... que -al no exigir esfuerzo de interpretación- deben ser directamente aplicadas (Fallos: 218:56; 299:167; 311:1042; 319:2617; 323:1625; 330:4476; 338:488 y 343:625)”.

Y, sobre la base de dicha regla de hermenéutica, revocó el decisorio anterior en tanto contradice una interpretación literal y finalista del régimen normativo, agregando, en el Cons. 6º, que:

“el Tribunal ha destacado que **la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra**, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (Fallos: 312:2078; 321:1434; 326:4515 y 340:2021), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos: 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286 y 338:488). De modo concorde se ha subrayado que el principio constitucional de separación de poderes **no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley** respecto del caso, so color de desacierto o injusticia (Fallos: 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785; 329:1586; 333:866; 338:488 y 342:1376)” (CS, 09/02/2023, “De Benedetti, Pablo Osvaldo c/ M. Justicia y DDHH s/ Desaparición forzada de personas - ley 24.411 art. 6º”, Fallos 346:25; énfasis mío).

En otra sentencia, también reciente, la CS desplegó la citada doctrina, agregando los fundamentos siguientes:

“Que una interpretación situada, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de las normas involucradas, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general. Por tal motivo, la primera regla de interpretación de un texto legal es **asignar pleno efecto a la voluntad del legislador**, cuya fuente inicial es la letra de la ley, sin presumir su inconsecuencia. La interpretación debe evitar asignar a las normas un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización del ordenamiento jurídico como un sistema” (CS, 28/

02/2023, “La Mercantil Andina Cía. Ag. de Seg. S.A. c/ EN- DGA-resol. 3455/09 (Expte. 601909/03) s/ Dirección General de Aduanas”, *Fallos* 346:75, Cons. 8º, voto del juez Rosatti; énfasis mío).

Ha dicho la CS, respecto a la interpretación de la CN, que:

“la interpretación del instrumento político que nos rige no debe hacerse poniendo frente a frente las facultadas enumeradas por él para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que les dio vida”.

Agrega que la CN es una estructura sistemática y sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (CS, *Fallos* 240:311, y CS, 11/12/2003, “Brusa”, *Fallos* 326:4816, Cons. 9º).

Así las cosas, el art. 291, CPrCC, regula allí la causal de violación de la ley:

“291. VIOLACION DE LA LEY O DOCTRINA LEGAL.- Habrá lugar al recurso de casación por violación de la ley o doctrina legal cuando la sentencia:

a) Se fundare en una interpretación de la ley que hubiere influido sustancialmente en su dispositivo, y que fuere contraria a la hecha por otro Tribunal colegiado de única o última instancia de la Provincia, dentro de un lapso no mayor de TRES (3) años.

b) Recayere sobre cosas no demandadas o contra distinta persona de aquella contra la cual se interpuso la demanda.

c) Otorgare más de lo pedido, excepto en causas del fuero laboral, o no contuviere declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio.

d) Contuviere disposiciones manifiestamente contradictorias.

e) Fuere arbitraria”.

2.1.3. Interpretación de la ley. Como primer y esencial abordaje al tema de la interpretación y aplicación de la ley, en el inc. ‘a’, me viene a la memoria un voto del juez Petracchi, en la sentencia del caso “Ortíz Almonacid” (CS, 13/03/1999, “Ortíz Almonacid, Juan C. s. Acción de amparo”, *Fallos* 322:385), en que se refirió a la doctrina de la CS sobre el punto:

“la primera regla consiste en **respetar la voluntad del legislador** y, en tal sentido, **cabe estar a las palabras que ha utilizado**. Si la ley emplea determinados términos la regla de interpretación más segura es la que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los jueces es **dar pleno efecto** a las normas vigentes **sin sustituir al legislador** ni juzgar sobre el

mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en ejercicio de facultades propias (Fallos 318:1012, Cons. 8º y sus citas)” (énfasis mío, que muestra que este decisorio es el mismo utilizado en los fallos más modernos).

El inc. ‘a’, se refiere a la función nomofiláctica que la norma atribuye al STJ, respecto de un pronunciamiento de un tribunal colegiado de no mayor a tres años de antigüedad. Alguna vez me tomé el trabajo, arduo, por cierto, de encontrar supuestos en que la CS había resuelto, en fechas próximas, cuestiones idénticas de manera muy diferente. En representación del Colegio Público de Abogados de Comodoro Rivadavia, asistí a un Congreso Internacional en Panamá, donde se planteó este aspecto particular. La unificación de la jurisprudencia contradictoria pudo, y todavía puede, en alguna medida, ser resuelta a nivel provincial con una cámara regional con esa específica competencia, cuestión que complica bastante la amplitud y diferencias que los Estados locales otorgan a sus normas, que no tienen una interpretación federal en leyes de ese carácter. En este sentido, hay un anteproyecto de aplicación de un Código Procesal Civil y Comercial para Chubut, impulsado por la Nación, que, precisamente en materia de recursos, no me pareció ajustado a la doctrina cimera de la Corte IDH, y proyecté normas distintas a las allí propuestas. Puede consultarse en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (www.acaderc.org.ar), bajo el título de “Observaciones al Código General del Proceso”, que mereció la adhesión de los Colegios Públicos de Abogados de Puerto Madryn, Trelew y Comodoro Rivadavia.

La CS había dicho en diciembre de 1991, que:

“No es posible trasladar la doctrina de un caso a otras situaciones, si ello conduce a dejar de lado pautas interpretativas según las cuales no cabe prescindir de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la solución y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma” (CS, 10/12/1991, “Vargas, José y otros c. Junta Nacional de Granos s/ laboral”, *Fallos* 314:1764).

Este fallo se inscribe en la tesis elaborada por la Corte Suprema de los EEUU relativa a las consecuencias de las sentencias, lo que ha sido usado en varias ocasiones por la Corte federal argentina; se cita al Chief Justice Oliver W. Holmes: es deber del juez “sopesar las consecuencias sociales de su decisión” (“The Path of Law”, *Harvard Law Review*, 1897, pág. 443), incorporado a la jurisprudencia argentina en varios pronunciamientos (*Fallos* 178:9; 211:162; 240:223; 302:1284; 313:1232; 316:2624).

Más recientemente, nuestra CS sostuvo, en “Bertuzzi”, que:

“Esta Corte, como intérprete supremo de la Constitución Nacional, debe tener especial celo en no modificar injustificadamente su propia jurisprudencia, porque en ella se aloja el último reservorio de respuestas ajustadas al derecho vigente y la confianza de la comunidad de que al actuar conforme a ellas no habrá de sufrir recriminaciones jurídicas” (CS, 03/11/2020, “Bertuzzi, Pablo Daniel y Otro”, *Fallos* 343:1540, Cons.36°).

Por cierto, cuando le recriminé que se apartara del precedente dictado en la causa “Díaz, Lindolfo”, y no resolviera una petición de mi parte en la misma forma que había hecho en ella, tratándose de situaciones idénticas, rechazó mi planteo, con base en que las decisiones de la Corte no son susceptibles de revocatoria. Con lo que no todo será, siempre, del mismo color del cristal con que se mira.

Por cierto, la razonabilidad, según doctrina de la CSJN, impone a los jueces un especial cuidado en la interpretación de la norma aplicable y en las consecuencias de la sentencia a dictar. En sus palabras, en fallo actual:

“Los jueces, en cuanto servidores de la justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión” (CS, 03/05/2023, “Caravetta, Juan Ignacio y otro s/ Contrabando”, *Fallos* 346:407; CS, *Fallos* 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:126).

Esta cuestión, a mi honrado y humilde juicio, está estrechamente ligada a la obligatoriedad de los fallos de la CS, por parte de los tribunales inferiores de todo el país, y no sólo en cuestiones estrechamente vinculadas a garantías constitucionales, por aquello, tantas veces declarado y desde muy antigua data, de su condición de intérprete suprema de la CN y cabeza de un poder del Estado; así, frente al Poder Ejecutivo, usurpando atribuciones del legislador, violando la división de los poderes (CS, 1863, “Ríos”, *Fallos* 1:32); en tanto intérprete final de la CN (CS, 1864, “Calvete”, *Fallos* 1:340); con mayor énfasis luego, como “guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un poder y máximo intérprete de Constitución” (CS, *Fallos* 338:1575; 342:584 y 1417); o frente a los ‘abusos involuntarios’ de los funcionarios públicos (CS, 1888, “Municipalidad de la Capital c. Isabel Amstrong de Elortondo”, *Fallos* 32:162 y 194); o cuando adopta la doctrina de “Marbury v. Madison”, de la Corte USA (CS, 22/09/1887, “Sojo, Eduardo”, *Fallos* 32:120); o cuando, haciendo expresa aplicación del art. 3º, de la todavía vigente ley 27, declara que la función esencial del Poder Judicial de la Nación es asegurar la vigencia de las garantías de la CN. Para abundar sobre

la obligatoriedad, entre varios otros, más cercanos (CS, 29/12/2019, “Farina”, *Fallos* 342:2344, Cons. 16º; CS, 09/04/2019, “Espíndola”, *Fallos* 324:584; CS, *Fallos* 307:1094; 312:2007; 316:221; 319:699; 321:2294, tratándose de un caso similar; CS, *Fallos* 25:364; 311:1644 y 2004; 320:1660; 331:3201; 337:47, para evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional).

Como dijo en “Cocchia”, la interpretación auténtica de la CN:

“no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación” (CS, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge Daniel c. Nación Argentina”, *Fallos* 316:2624). Ahora, con dos añadidos de singular importancia:

“No existen atribuciones inmunes al control judicial de constitucionalidad cuando se encuentra en juego la vulneración de derechos garantizados por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 330:3460; entre otros)” (CS, 03/11/2020, “Bertuzzi”, *Fallos* 343:1457). Y, el segundo:

“Es jurisprudencia de esta Corte Suprema que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y **constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente**”. Y agregó:

“Que la Constitución no admite la validez de una voluntad popular **expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho** ni permite que las mayorías puedan derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso no se dirige a imponer valores sustantivos (...) **sino a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que ésta se expresa**” (CS, 28/03/2017, “Schiffrin”, *Fallos* 340:257).

Si ni tan siquiera una convención constituyente puede apartarse de las garantías entronizadas para siempre en la CN, no es denostable mi tesis de que el desconocimiento que los jueces, de todas las instancias, hagan de aquéllas, ha de traer, como indispensable más que necesaria consecuencia, la responsabilidad penal de los arts. 248 y 269, Código Penal Argentino. Y, adviértase, que la Ley Suprema se integra a la CN con la Convención ADH y otros instrumentos de igual jerarquía, además de las leyes que son consecuencia adecuada de ellas.

2.1.4. Decisión *extra petita*. El inc. ‘b’, cuya redacción no es feliz, ya que refiere a ‘cosas no demandadas’ cuando, en rigor, refiere a pretensiones que, al sustentarse en hechos y sus pruebas, no resultan articuladas en la demanda o escritos

principales del pleito (demanda y contestación, y reconvencción y su respuesta). Apunta a las peticiones *extra petita*, que son aquellas ajenas a los escritos fundamentales del pleito. Aunque, conviene tener presente que, tanto en Derecho penal como en Derecho civil, no habrá óbices cuando la pretensión se articule respetando la unidad del hecho. Así, en materia penal, es posible modificar la calificación sobre el hecho investigado, no sobre un hecho distinto (CS, *Fallos* 125:165; 178:323; 224:234; 315:2969; 319:2959; 321:469; 324:2133; 337:542, entre otros). Así, CS, 15/05/2014, “Luna”, cambio de calificación mediando identidad del hecho. Este criterio es sostenido, también, por la Corte IDH (Caso “Fermín Ramírez c. Guatemala”, Sent. N° 126, de 20/06/2005, párr. 67; Caso “Ivón Neptune c. Haití”, Sent. N° 189, de 06/05/2008, párr. 85; Caso “Maldonado Ordóñez c. Guatemala”, Sent. N° 311, de 03/05/2016, párr. 80; Caso “Urrutia Labreaux c. Chile”, Sent. N° 409, de 27/08/2020, párr. 113).

En el mismo ámbito de la Corte IDH, el peticionario puede demandar ante la Corte otros daños distintos a los que motivaron la denuncia a la Comisión IDH, y no consten en el informe que debe emitir (arts. 50 y 51, CADH), siempre que se respete la unidad del hecho que motiva la denuncia que da sustento a la apertura del proceso trasnacional. Es ésta, una información de interés que no deseo escamotear a quienes deban afrontar estas difíciles lides. La Corte IDH, en el Caso “Casa Nina”, dejó constancia que:

“La Comisión señaló que los representantes o las presuntas víctimas pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, **siempre que se atengan a los hechos contenidos en este último**” (énfasis mío).

Y que en el párr. 52, de la sentencia del Caso “Cuya Lavy y otros c. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 438, de 28/09/2021, la Corte IDH dejó asentado que:

“La **Comisión** manifestó que las presuntas víctimas y sus representantes, pueden invocar la violación de otros derechos no contenidos en el Informe de Fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos de ese escrito”.

En el Caso “Garzón Guzmán y otros c. Ecuador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 434, 01/09/2021, párr. 22. dijo que:

“Este Tribunal, ante los alegatos del Estado, ha considerado de manera reiterada que los representantes o las presuntas víctimas pueden invocar derechos distintos a aquellos señalados por la Comisión, pues al ser las últimas mencionadas las titulares de los derechos consagrados en la Convención Americana, negarles esta facultad implicaría **una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los**

Derechos Humanos. En todo caso, la jurisprudencia ha exigido que dichos alegatos se basen en el marco fáctico establecido en el Informe de Fondo” (énfasis añadido).

En igual sentido, en tanto las víctimas son sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Corte IDH, Caso “Furlán y Familiares c. Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 246, de 31/08/2012, párr. 53. Y, más recientemente, además de los casos ya mencionados, Caso “Moya Solís c. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia N° 425, de 03/06/2021, párr. 32.

Por cierto, esta jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para todos los órganos y jueces, de todos los fueros y de todas las instancias, de los Estados parte en la Convención, obligatoriedad que nace no sólo del art. 2, CADH (adecuación del Derecho interno), sino de la propia doctrina de la Corte IDH, que nuestra CS admite que, ella misma, debe respetar (CS, 23/12/2004, “Espósito y Bulacio”, Fallos 327:5668: “La CS debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte IDH; art. 68.1, CADH”). En el Caso “Heliodoro Portugal c. Panamá”, Exceps. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 186, de 12/08/2008, párr. 179, dejó en claro que toda norma y decisión contraria al *corpus iuris* de la Corte IDH, “carece de efectos jurídicos”.

Reténgase el concepto del ‘control de convencionalidad’, elaborado por la Corte IDH, cuyo significado es que:

“cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede menguado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos protegidos en la Convención” (Caso “Almonacid Arellano c. Chile”. Exceps. Prels., Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 154, de 26/09/2006, párr. 124; Caso “Boyce y Otros c. Barbados”, Excep. Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 169, de 20/ 11/2007, párr.112).

Agrego, a mayor abundamiento, que la Corte IDH, en la sentencia del Caso “Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) c. Costa Rica”, de la que he hecho antes una fuerte crítica en otros aspectos allí resueltos, sostiene que:

“El párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado” (Sent. N° 257, de 28/11/2012, párr. 245).

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados rige en Argentina desde enero de 1980. La Corte IDH, en ejercicio de su competencia consultiva, sostuvo su doctrina sobre la adecuación del Derecho interno a las garantías de la CADH, sobre la base de dos vías: Una negativa, que consiste en el abandono de las normas y prácticas contrarias a aquéllas y, una positiva, con la adopción de nuevas normas y prácticas adecuadas a las garantías de la Convención (Corte IDH, OC N° 18/2003, párrs. 78 y 167, y “Mendoza c. Argentina”, Sent. N° 260, de 14/05/2013, párr. 323).

La Corte IDH, al resolver un caso, puede, conforme lo autoriza el art. 29, CADH, especialmente en el inc. ‘b’, aplicar el Derecho interno del Estado demandado y así lo ha hecho; ese inciso se refiere a cuando el Derecho interno concede mayores derechos al peticionario y a la víctima que los previstos en la jurisprudencia de la Corte IDH. En orden a lo primero, en el Caso “Andrade Salmón c. Bolivia”, dijo que, en algunos casos:

“se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico” (Fondo, Reparaciones y Costas, Sent. N° 330, de 01/12/2016, párr. 94; cita Casos “Masacre de Santo Domingo c. Colombia”. Exceps. Prelims., Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 143, 196, 200, 203, 206, 209, 220, 221, 225; “de la Masacre de Mapiripán c. Colombia”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 134, de 15/09/2005, párr. 167 y ss.; y Caso “Gelman c. Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sent. N° 221, de 24/02/2011, párr. 124).

En orden a lo segundo, en el Caso de la “Masacre de Mapiripán”, refiere a la alternativa más favorable a la tutela de los derechos protegidos, párr. 106. Este último criterio ha sido utilizado de modo expreso por nuestra CSJN, sosteniendo que los jueces deben privilegiar la interpretación:

“que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (CS, 23/04/2008, *Fallos* 331:858, Cons. 6°; CS, *Fallos* 329:2265; CS, “F.A.L.”, *Fallos* 335:197, Cons. 17°; CS, 28/10/2021, “Vidal”, *Fallos* 344:3156; CS, “Farina”, *Fallos* 342:2344, Cons. 10°, *in fine*).

Se insiste allí, en la obligación de efectuar el ‘control de convencionalidad’, en términos que no dejan dudas del alcance e importancia que tal obligación reviste, desde que se sostiene, párr. 93, y no me canso de postular, que:

“que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”.

Esta jurisprudencia es dirimente para todos los órganos del Estado Argentino, que deben aplicarla, cualquiera sea una disposición inadecuada de ley del Congreso, o leyes de provincia, incluyendo los Códigos Procesales; ello así,

porque en la medida que la Convención y los restantes instrumentos internacionales con igual jerarquía que la CN, así como los restantes tratados con las potencias extranjeras que no superen el valladar del art. 27, CN, son la Ley Suprema de la Nación, y ningún juez de la Nación, federal o provincial, cualquiera sea su rango, puede dictar resoluciones contrarias a ella. Como se verá luego, lo expuesto aplica al alcance de la casación y de otros recursos, por extraordinarios que se llamen en los Códigos Procesales.

En razón de completitud, recuerdo que la defensa de petición no contenida en la demanda, no procede ni en juicios laborales ni en juicios civiles por responsabilidad por daños (art. 167, tercer párr., CPrCC de Chubut: *“La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto”*).

Respecto de las normas rituales, además de su ya antigua doctrina en la causa “Colalillo” (CS, 18/09/1957, *Fallos* 238:550), sostuvo en “Garipe”, que:

“Si bien el contenido de las normas rituales posee su reconocida e indiscutible importancia que exige su riguroso cumplimiento, su desnaturalización, su sobredimensionamiento por encima de su razón de ser, termina por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso, **lesionando gravemente la garantía de la defensa**” (CS, 23/03/2004, “Garipe, Omar Osvaldo s/ p.s.a. administración fraudulenta”, *Fallos* 327:608).

Además, en la misma causa y con remisión al dictamen de la Procuración, dijo la Corte Suprema, en criterio que hoy desautoriza el art. 25.1, CADH, que:

“Si bien el derecho a la doble instancia no reviste jerarquía constitucional y el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias establecidas por las leyes procesales, cabe hacer excepción a esa regla cuando la ley procesal aplicable confiere ese derecho, supuesto en el cual le ha reconocido aquella jerarquía, pues en tales casos no puede suprimirse arbitrariamente”.

Lo que acabo de consignar respecto a la no obligatoriedad de la doble instancia me llama la atención, pues la Convención ADH lleva ya 38 años de vigencia en Argentina y tiene la misma jerarquía que la CN a partir de su referencia en el art. 75, inc. 22, CN, conforme a la reforma de 1994. Y, reitero, constituye, junto con la CN, las leyes que en su consecuencia se dicten y otros tratados con potencias extranjeras, la Ley Suprema de la Nación. Volveré sobre esto en adelante, para evitar repeticiones.

2.1.5. La arbitrariedad. Como es sabido, la arbitrariedad como recurso nace, por decisión pretoriana de la CSJN, en la causa “Rey c. Rocha” (CS, 02/12/1909, *Fallos* 112:384), a menudo aprovechando la vía del ‘caso federal’ del art. 14 de la ley 48, aunque con sus características propias. El fallo citado se origina en una denuncia penal, formulada por Celestino M. Rey contra los señores Alfredo y Eduardo Rocha, por el delito de falsificación de marca y venta de mercadería con marca falsificada. El juez penal absolvió a los acusados por su buena fe, pero ordenó la destrucción de la marca falsificada, lo que confirmó la cámara y la propia Corte.

Allí, el contenido de la arbitrariedad, que la CS ha mantenido más o menos intacta a través del tiempo, fue establecido del siguiente modo:

“Que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya solamente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la suprema corte se vería en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la constitución nacional, y 3 y 6 de la ley núm. 4055”.

En la resolución previa de *Fallos* 110:432, entre las mismas partes, la destrucción de la marca falsa se hizo de conformidad a la Ley de marcas, por lo que el recurso del inc. 3º del art. 14 de la ley 48, era improcedente, por haberse resuelto de conformidad a la ley federal de marcas y no en contra de la misma, concordando el fallo con lo antes decidido en la sentencia de la causa “Lima, Diego” (CS, 28/05/1906, *Fallos* 76:70 y 90:224). Este criterio fue confirmado en causas posteriores; a modo de ejemplo, CS, *Fallos* 295:486 y 546).

Sin embargo, en la causa “Lorenzo, Constantino”, se admitió el ejercicio de acciones directas de inconstitucionalidad en sede originaria, como medio de prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional. Pero, dijo allí la CS, que se exige el cumplimiento del art. 2, de la Ley 27, la existencia de un ‘caso’, en que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes demandan (CS, 12/12/1985, “Lorenzo, Constantino c/ Estado Nacional s/ Nulidad e inconstitucionalidad”, *Fallos* 307:2384; el actor reclamó la inconstitucionalidad de la ley 23.732, que aprobó el Tratado de Paz y Amistad con Chile que, además, nos costó el acceso de Chile a la boca oriental del Estrecho de Magallanes y el cuestionamiento de su proyección antártica, alterando el Tratado de Límites de 1881 que disponía, claramente, Argentina en el Atlántico y Chile en el Pacífico). Este fallo fue citado

por el juez Petracchi, en CS, 09/12/1987, “Lucas Silvano Penna Bores”, en donde se rechazó la acción por ausencia de ‘caso’ (CS, *Fallos* 310:2648).

Para mayor claridad, el Cons. 2º en “Lorenzo”, sostiene que, en ausencia de un caso contencioso entre partes adversas (doctrina de *Fallos* 156:318, Cons. 5º), no se da una causa que:

“permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes” (*Fallos* 243:176 y 256:104, Cons. 5º, segundo párrafo). Y agregó la Corte Suprema que, desde sus inicios (*Fallos* 1:27 y 292), negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (*Fallos* 12:372; 85:51 y 115:163). Según creo, a instancias del juez Fayt, la CS terminó por reconocer la legitimación del ciudadano cuando intenta defender la Constitución, y así resulta de la sentencia en “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Convención Reformadora” y “Schiffrin”.

Aquel criterio restrictivo (existencia de un ‘caso’), utilizado también cuando la opinión del juez es contraria a la circunstancia que da sustento a la acción, agregado a la exigencia de invocar la afectación directa del accionante a un derecho personal y propio, situación que se vio con evidencia superlativa en los fallos que denegaron la inconstitucionalidad de la ley 27.610 de IVE, negando la violación constitucional que esa ley producía, tanto al texto constitucional -art. 75, incs. 22 y 23. CN, acciones positivas a cargo del Congreso-, como al texto de la Convención ADH, que fue derogada sin cumplir el requisito de las 2/3 partes de votos concordantes de ambas cámaras, así como del art. 78, que establece la forma de ‘denuncia’ de la CADH, es contrario al sostenido por la CS en las sentencias de “Colegio de Abogados de Tucumán”, “Schiffrin” e “Internas del Sistema Penitenciario”, cuando la acción se dirige a proteger la vigencia de la Constitución y a la exigencia de que los funcionarios cumplan con sus obligaciones legales. En tales casos, la legitimación se ensancha más allá del restrictivo supuesto del ‘caso’, ‘causa’ o controversia, porque, precisamente, está en juego la defensa misma de la Constitución, tanto la nacional, como la provincial.

La CSJN es particularmente estricta en esta cuestión, regulada en el art. 2, de la ley 27, y así lo ha vuelto a decidir en un caso reciente, derivado de las relaciones entre dos provincias (San Juan y La Pampa), por la ejecución de una represa, donde se enuncian cuestiones que afectarían el medio ambiente. Luego de sostener que la demanda no identifica en ningún momento cual sería el agravio (potencial o actual) que la implementación de la obra de la represa “El Tambolar” específicamente le genera a las prerrogativas de la provincia actora, sostiene que:

“la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (Fallos: 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488; 339:1077, entre muchos otros), sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos (artículo 28 de la Constitución Nacional) y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal. Es por ello que, más allá de la innegable trascendencia del escenario general planteado por la actora, una decisión que omita el estricto cumplimiento de los requisitos constitucionales requeridos para el accionar jurisdiccional de este Máximo Tribunal implicaría quebrantar el delicado equilibrio institucional diseñado por la norma fundamental argentina (arts. 1º, 116 y 117)” (CS, 23/11/2023, “La Pampa, Provincia de c/ San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/amparo ambiental”, *Fallos* 346:1387).

Son numerosas las sentencias de la CS en que refiere al supuesto extraordinario de la arbitrariedad, con algunas afirmaciones que nos dejan, a los abogados, sin respuestas a nuestros clientes, como cuando dice respecto a los argumentos del fallo recurrido, que “al margen de su grado de acierto o error, resultan suficientes para descartar la arbitrariedad invocada” (CS, doctrina de *Fallos* 310:2376; 312:1859; 313:473, entre muchos otros). La democracia republicana, a cuarenta (40) años de su inicio, no parece alentar reformas de criterios menos severos y más acordes con el respeto y consideración que merece la dignidad de la persona, titular indiscutible de los tantas veces declamados derechos humanos fundamentales. Es que no me parece tolerable a aquélla, que la Corte Suprema, que debe velar por la libertad, la justicia, y el sistema republicano, pueda admitir que el error sea fuente justificante de una sentencia. Con mayor razón, cuando ha dicho que el error anula la sentencia.

Véase que no hay ninguna definición en el CPrCC de Chubut que indique cuando una sentencia es arbitraria ni, tampoco, que deba aplicarse el criterio restrictivo de la CS, que tiene, como se dijo en el fallo antes relacionado, determinada la competencia por vía originaria en el art. 116, CN; aunque se puede plantear por vía del recurso extraordinario con sustento en la arbitrariedad. Y, si se lo hace juntamente con el caso federal (art. 14 de la ley 48), la CS tratará primero la arbitrariedad pues, de existir, no habría sentencia propiamente dicha (*Fallos* 312: 1034 y sus citas) o, en forma conjunta, según decidió en *Fallos* 308:1076; 330:1855; 341:146; 346:10, cuando está estrechamente vinculada a la cuestión federal. Pero la CChu nada dice sobre el punto, aunque declara nula toda ley, ordenanza, sentencia que contradiga los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales celebrados por la Nación (art. 10, CChu), con la sanción del art.22. Sí prevé una “*restricción contra la arbitrariedad de los poderes*

públicos” el art. 9.3, de la Constitución española de 1978, que tiene una concepción del Tribunal Constitucional español. Y que, por cierto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé el recurso de casación, con caracteres especiales, cuyo análisis detallado excedería el propósito de este trabajo.

Según el Diccionario de la lengua, ‘arbitrariedad’ se refiere a ‘cualidad de arbitrario’ y, como adjetivo, arbitrario es lo que está sujeto a la libre voluntad o capricho del autor del acto “antes que a la ley o a la razón”, aquello donde la voluntad de las personas reemplaza la voluntad de la ley (“*où la volonté, le bon plaisir des personnes remplace l’autorité de la loi*”, tal como se expresa en lengua francesa), concepto que es similar en las lenguas latinas o romances (rumano, francés, español, italiano, portugués, y otras locales, como el aragonés, asturiano, catalán, corso, friulano, gallego, lombardo, piamontés, sardo, siciliano, etc.). Así las cosas, será también arbitrario el fallo que se aparta de la letra de la ley, o que no respeta las reglas del silogismo judicial (Remito a las enseñanzas del profesor Armando S. Andruet(h), hoy presidente de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, en “La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba”). En muy apretada síntesis diré, en palabras de Poviña, citado por Andruet(h), que:

“una sentencia es justa cuando es: 1) derivación razonada (como control de logicidad), 2) del derecho vigente (como control de legalidad), 3) aplicada a los hechos de la causa (como control de veracidad). Si los controles registran fallas o defectos, la sentencia no es justa, por vicios, o en los hechos o en las normas, o en la coherencia y coordinación, como congruencia, que son los tipos o causales de invalidez, y hacen de la sentencia, ‘una sentencia arbitraria’” (“La interpretación sociológica de las funciones del derecho como control social en la sentencia arbitraria”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba*, T. XXIII, Año 19, pág. 145).

Entonces, si los litigantes -mejor, sus abogados-, advierten, postulan y demuestran ante el tribunal revisor local (superior tribunal de la causa), que la sentencia es arbitraria, ese tribunal deberá anular la sentencia y mandar que se dicte otra, cuando el fallo recurrido no cumpla uno, dos o los tres requisitos para que la sentencia no sea arbitraria. El hecho de que contenga ‘argumentos’, no puede constituir motivación suficiente para tener a lo decidido como sentencia ‘justa’, por más que la CSJN diga -y lo dice, sin que tiemblen las paredes del tribunal, por ahora-, que la sentencia sea o no justa, y más allá de su acierto o error, será válida en la medida de que contenga argumentos suficientes. Insisto en que el cambio de paradigma, ‘cultura de las formas vs. derecho humano a la decisión justa’, no permite en sede local el uso del estándar acuñado por la CSJN. O la democracia republicana asiste, con energía, sin apatía ni desaliento, al

afianzamiento de la Justicia, como valor insustituible en el corazón de la persona, o sólo será un remedo de pura esperanza e inalcanzable fin; una eterna utopía. Además, la verdad debe ser dicha, sin miedo y, si daña a alguien, debe serlo con misericordia.

Aunque el Tribunal cimero nacional, autoriza la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad para:

“revisar fallos que versen sobre cuestiones de derecho común y local, cuando éstos consagren una interpretación de las normas con relación a las circunstancias del caso, en términos que equivalgan a su prescindencia, pues ello configura una lesión al derecho constitucional de la defensa en juicio (Fallos: 297:100; 299:226 y sentencia del 15110/87 en autos: “Compañía Financiera Munro S.A. s/pedido de quiebra por el Banco Central de la Rep. Argentina” (CS, 10/12/1987, “SENOK y otros”, *Fallos* 310:2682).

En un solo tomo de la colección de *Fallos*, encuentro decenas de sentencias restrictivas de la doctrina de la arbitrariedad; varias relacionadas con la acción de amparo.

En “Dugnani” (CS, 15/12/1987, *Fallos* 310:2701), refiere a la arbitrariedad como “un caso de inequívoco carácter excepcional”, cuya procedencia compete resolver en forma exclusiva a la CS (*Fallos* 215:199), pero impone al superior tribunal de la causa la necesidad de su análisis circunstanciado a fin de determinar si se dan los requisitos que la autorizan. En “Guarino de Otheguy” (CS, 15/12/1987, *Fallos* 310:2721), el voto del juez Fayt, le atribuye carácter de “particularmente restringida”. Es preocupante, para mí, que “una inteligencia posible de las disposiciones de una ley de carácter común y su reglamentación”, excluyan la tacha de arbitrariedad (CS, 05/05/1987, “Raúl García y otros”, *Fallos* 310:896), pues aunque el Derecho no sea una ciencia exacta, es poco confiable y apta para generar perjuicios de toda índole, una ‘voluntad’ legislativa que permita interpretaciones dispares o contradictorias, restando precisión al principio de legalidad (art. 19, CN) que es, también, una garantía de la libertad. Eso solo, la hace arbitraria.

Hay, también, arbitrariedad, cuando media un excesivo rigor formal que confronta con la garantía de la defensa en juicio. En palabras de la CS, que interesa transcribir:

“Ello así, en particular, cuando se veda el acceso a la instancia judicial revisora, lo que importa un cercenamiento a esa garantía, en cuanto requiere no privar a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle por medio de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (Fallos: 295:906; 299:421). Ello significa, ni más ni menos, la real

posibilidad de obtener la efectiva primacía de la verdad jurídica objetiva, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia (Fallos: 247:176; 268:413; 279:239; 283:88 y específicamente Fallos: 311:2082; 312:767; 314:1661, entre otros)” (CS,09/02/2023, “Flores c/ EN s/ Amparo”, *Fallos* 346:12).

Si esta doctrina fuera el componente indispensable de todo fallo del Alto Tribunal, como la harina para el pan, más que la levadura, sería el nuevo pivote del cambio de paradigma. Pero, lamentablemente, como las hojas secas del otoño, son más las que caen por aquel olvido.

Y hay, por cierto, arbitrariedad, cuando la sentencia omitió el tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por el recurrente, pues ello se traduce en la falta de fundamentación adecuada del pronunciamiento con la consiguiente afectación de los derechos de defensa en juicio y del debido proceso legal (*Fallos* 261:209; 312:2507; 322:2880; 324:1994; 326:2537; 330:4983; entre otros).

En un caso penal, la CS sostuvo que el tribunal de casación al desatender aspectos relevantes, que habían sido sometidos a su consideración, no sólo incurrió en arbitrariedad, sino que incumplió al mismo tiempo el estándar de revisión amplia y exhaustiva del fallo condenatorio establecido por “Casal” (*Fallos* 328:3399), con grave menoscabo de las normas federales involucradas en el caso (Convención Belém do Pará y su ley reglamentaria 26.485) (CS, 23/02/2023, “D., N.L.”, *Fallos* 346:58).

Cito este fallo, porque antes de ahora vengo sosteniendo, con aplicación de la sentencia del Caso “Baena c. Panamá”, Sent. N° 78, conforme al cual las garantías del debido proceso se aplican tanto al proceso penal cuanto al proceso civil, comercial, laboral, administrativo y disciplinario. Y en este fallo de la CS, se dice:

“La aplicación de la doctrina del precedente “Casal” (Fallos: 328:3399) a recursos previstos en el ordenamiento procesal provincial se impone en cumplimiento de la supremacía constitucional establecida en el artículo 31 de la Norma Fundamental y la cláusula federal estatuida en los artículos 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exigen el reconocimiento por parte de los Estados provinciales de los derechos resultantes de esos tratados, entre ellos, a una revisión amplia de la condena (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti)”.

Y, desde que se trata de la supremacía de la CN y de las Convenciones e instrumentos internacionales de igual jerarquía, no encuentro razón para negar en el proceso civil lo que se autoriza en el proceso penal, pues lo decidido en “Strada”, “Di Mascio” y “Lajmadi”, apunta a que los tribunales superiores de provincia se

hagan cargo de las cuestiones federales (como la defensa en juicio reconocida en los arts. 8.2,h y 25.1, CADH, 14.5, PIDCyP) implicadas en la causa. Para citar otro fallo de la CS, de indudable aplicación a mi argumento, pues la Ley Suprema de la Nación (formada, insisto, por la CN, los instrumentos del art. 75, inc. 22, CN, las leyes consecuencia de aquéllos y otros tratados con las potencias extranjeras y, también, las constituciones de provincia cuando de su jurisdicción se trata) es una sola y abarca a todo el territorio y a todo el Derecho aplicable, en los órdenes diversos indicados en la sentencia N° 78 de la Corte IDH, en “Baena c. Panamá”.

La CS dijo:

“El remedio del artículo 14 de la ley 48 resulta por regla improcedente cuando se pretende revisar las decisiones de los tribunales de la causa en materia de admisibilidad de los recursos, por tratarse de un aspecto de naturaleza procesal, pero ese criterio admite excepción cuando la resolución impugnada conduce, sin fundamentos adecuados, a una restricción sustancial de la vía utilizada que afecta el debido proceso, en particular, cuando lo decidido podría privar definitivamente al imputado del derecho a la revisión de la condena que le fue impuesta” (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

Allí el Procurador General, doctor Casal, sostuvo:

“En conclusión, dado que, como he adelantado, entiendo que el recurso federal interpuesto resulta procedente, de acuerdo con la consolidada doctrina establecida en Fallos: 308:490 [“Strada”] y 311:2478 [“Di Mascio”], la suprema corte provincial no podía omitir, sin incurrir en arbitrariedad, un pronunciamiento sobre el agravio oportunamente introducido por la recurrente, ya que en los casos aptos para ser conocidos por V.E. según el artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del artículo 31 de la Constitución” (CS, 14/03/2023, “Molina, Aldo Andrés”, *Fallos* 346:165).

Hay otro fallo de la CS, en que si bien no se cita el caso “Casal”, se revoca una sentencia del STJ de Córdoba, porque no analizó un procedimiento administrativo en que se impuso una suspensión de veintiún (21) días a un jefe de comisaría por omitir la adecuada protección y vigilancia a una persona, demorada en el patio de la comisaría, que había concurrido a denunciar la sustracción de su celular y se encontraba en estado de ebriedad; luego fue pasado a su celda, donde apareció colgado de su cinturón, falleciendo por ahorcamiento. El STJ de Córdoba rechazó el recurso de casación interpuesto por la actora, esposa del fallecido, contra la sentencia de una Cámara Civil y Comercial provincial. La CS, al resolver la queja, dijo:

“Es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios iniciada por la cónyuge de quien se suicidó mientras se encontraba en una comisaría, pues el a quo debió analizar las circunstancias acreditadas en el sumario administrativo tramitado ante el Tribunal de Conducta Policial en el cual el oficial que estaba a cargo el día en que ocurrieron los hechos fue sancionado con la pena de arresto por haber incurrido en una falta de naturaleza gravísima por no haber dispuesto las medidas de seguridad necesarias para el resguardo de la integridad física del prevenido que se encontraba alcoholizado, en tanto ello era un punto imprescindible a efectos de determinar si el hecho constituía una falta de servicio atribuible a la provincia demandada y si, de haber mediado diligencia en la custodia de la víctima, hubiese podido ser evitado” (CS, 20/04/2023, “Rodríguez”, *Fallos* 346:326).

Se trata de un fallo un tanto extraño, pues tiene dos disidencias, y hay un tercer voto de un juez subrogante que hace la mayoría. A mi honrado juicio, la cuestión fue bien resuelta, por vía de la arbitrariedad, pero también pudo la CS resolver conforme al art. 14 de la ley 48, toda vez que lo decidido por el STJ provincial, era contrario al contenido del recurso interpuesto, con apego al art. 8.2.h y 25.1, de la Convención.

Al resolver, la CS relaciona la decisión del STJ diciendo que, para rechazar el recurso de casación, señaló que las críticas expuestas en él no denunciaban vicios formales que pudiesen descalificar lo afirmado por la cámara en cuanto a la falta de nexo causal suficiente entre la actuación de la policía provincial y el deceso, que consideró consecuencia del obrar de la propia víctima. En tal entendimiento, encontró justificado lo afirmado por el *a quo* en relación a que la conducta de los policías había operado como “condición” del suceso, pero no había sido su causa. Si así hubiera sido, no tendría razón de ser la sanción impuesta al policía por ausencia de custodia y de protección al demorado, cuestión a la que adhiero.

2.1.6. Interposición y trámite del recurso. Lo esencial del recurso de casación se completa con el contenido en el art. 292, que establece:

“INTERPOSICION DEL RECURSO.- El escrito de interposición del recurso e presentará ante el Tribunal que dictó la sentencia dentro de los DIEZ (10) días de notificada la misma con las copias de ley, y deberá:

a.- Expresar el alcance de su impugnación y lo que desea que se anule, indicando concretamente las formas quebrantadas, las disposiciones violadas, erróneas o falsamente aplicadas, manifestando cuál es la ley o la doctrina que ha debido aplicarse. Cada motivo se expresará separadamente.

b.- Si se funda en la causal prevista en el inciso a) del artículo 291, acompañar copia autorizada de la sentencia que se invoque o indicarla en forma precisa. Fuera de esta oportunidad no podrán alegarse nuevos motivos de casación.

c.- Constituir domicilio legal en la Capital de la Provincia, sede del Superior Tribunal de Justicia.

d.- Acompañar boleta de depósito del Banco del Chubut S.A. a la orden del Superior Tribunal de Justicia por una cantidad equivalente al TRES POR CIENTO (3 %) del valor del juicio, no pudiendo en ningún caso, ser inferior de TREINTA PESOS (\$ 30,-) ni exceder de UN MIL PESOS (\$1.000.-). Si el valor del litigio fuera indeterminado o no susceptible de apreciación pecuniaria, el depósito será de TREINTA PESOS (\$ 30.-). Están exceptuados de efectuar el depósito el Estado Provincial, los Municipios y sus organismos descentralizados y/o entidades autárquicas, el Ministerio Público y quienes gocen del beneficio de litigar sin gastos”.

Lo esencial del recurso de casación de Chubut está contenido en el inc. ‘a’ de este art. 292. La acción que define lo que el recurrente debe hacer, está en la oración “Expresar el alcance de su impugnación y lo que desea que se anule”, y se completa con la manifestación de “cuál es la ley o la doctrina que ha debido aplicarse”. Si uno se ajustara a lo que ha dicho la CSJN, no lo que ella hace con su Acordada N° 4/2007, diría que el recurso de casación en Chubut es de muy fácil tránsito y de igual confección. Recuérdese que la CS ha dicho lo que la Hermenéutica por ella aceptada exige: tenor literal y propósito o voluntad del legislador. Ya he indicado lo que el verbo ‘expresará’ significa, de modo que la idea del legislador ha sido que quien recurre una decisión que estima injusta, lo ‘exprese’, lo manifieste en palabras claras y concretas, exponiendo cuál es la ley (bastaría con su cita) o la doctrina legal que debió aplicarse; ésta, resulta de la tarea de la jurisprudencia de los tribunales y de los autores. La discordancia entre estas dos fuentes tendrá que superarla una decisión ‘superior’, que será de la CSJN, cuando se trata de doctrina constitucional o federal o, de mayor amplitud, del *corpus iuris* de la Corte IDH que, vuelvo a insistir, es obligatoria para los órganos y jueces de todos los Estados parte en la Convención ADH, aunque no hayan participado en el proceso respectivo. Esta afirmación mía, proviene de un pronunciamiento expreso de la Corte IDH, luego repetido; dice:

“el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (Corte IDH, Caso “Almonacid Arellano c. Chile”, párr. 124; Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Xácmok Kásek”, párr. 311; Corte IDH, Caso “Gelman c. Uruguay”, párr. 193), aunque ha dejado aclarado que debe analizarse cada caso en particular (Corte IDH, Caso “Neira Alegría y otros”, párr. 55; Corte IDH, Caso

“Castillo Páez c. Perú”, Reparaciones. Sent. N° 43, de 27/11/1998, párr. 83). Dijo, en este último, que:

“La Corte estima que la jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debe analizarse en sus especificidades” (Caso “Neira Alegría y Otros”, Reparaciones, Sent. N° 29, de 19/09/1996, párr. 55).

Nuestra CSJN, desde muy antigua data, ha indicado que los precedentes de la CS se aplicarán:

“siempre en conexión con el caso en el cual se usan” (CS, 14/04/1888, “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo”, *Fallos* 32:162, Cons. 26; y *Fallos* 332:1963, voto de la juez Argibay). La cita completa es:

“cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan” (CS, 22/08/2017, “Acosta, Lionel Ignacio”, *Fallos* 340:1084).

Para Bidart Campos, citado por Gialdino, la interpretación jurisprudencial de los tribunales del sistema internacional de derechos humanos, ha de considerarse incorporada al conjunto normativo del sistema (Gialdino, op. cit., p.353). Un ejemplo concreto y atinente al tema, es la influencia que tuvo la sentencia de la Corte IDH, dada en el Caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, en la elaboración del fallo de la CSJN en el caso “Casal”, en donde dejó en claro el alcance y contenido de la ‘casación argentina’, en tanto impuso al tribunal de casación conocer de todo lo que fuera posible, tanto en materia de hechos como de derecho. Allí se hizo constar las limitaciones posibles del sistema, que quiero reproducir:

“pese a la posibilidad de revisión integral que debe brindar el recurso, existen ciertas cuestiones que, por razones fácticas, la Cámara de Casación se verá impedida de conocer. Ello remite específicamente a aquellos extremos que el tribunal sentenciante haya aprehendido en virtud de la inmediación, cuyo análisis, lógicamente, no puede ser reeditado en la instancia revisora (vgr. la impresión que los jueces del tribunal oral pudieren haber tenido sobre tal o cual testigo)”.

Y, por cierto, lo que es una cuestión propia de toda apelación, la aplicación de la garantía no obliga a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador.

Me parece importante referir aquí aquel importantísimo fallo de la CSJN en la causa “Siri” (CS, *Fallos* 239:459), donde, con cita de Joaquín V. González, sostuvo, con relación a las declaraciones, derechos y garantías, que:

“cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto”.

Cabe agregar, que esa obligatoriedad proviene de la regla *pacta sunt servanda* contenida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, vigente en Argentina desde enero de 1980, que impone el cumplimiento de buena de los acuerdos internacionales (art. 26). La Corte IDH ha aplicado este principio, también, en su función consultiva (Opinión Consultiva OC-14/94 del 09/12/1994, Serie A, N° 14, párr. 35), como en las sentencias de los Casos “Almonacid Arellano c. Chile”, Sent. N° 154, de 26/09/2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 125 y Caso “Rosendo Radilla Pacheco c. México”, Excepciones preliminares, Reparaciones y Costas, Sent. N° 209, de 23/11/2009, párr. 24. También la ha aplicado cuando se trata de la interpretación de la norma aplicable en el proceso transnacional, toda vez que la Corte IDH ha recurrido no sólo a la letra de otros tratados, sino también al Derecho comparado y, por cierto, al Derecho interno cuando es más favorable a la víctima (art. 29, ‘b’, CADH); en especial, cuando se trata de determinar la cuantía económica de las ‘reparaciones’ (que debe entenderse, según creo, como ‘indemnización’, pues no son conceptos jurídicos equiparables). A modo de ejemplo, indico los siguientes fallos, sin pretensión de completitud: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese c. Paraguay”, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 111, de 31/08/2004, párr. 180:

“De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos”.

Corte IDH, Caso “Yatama c. Nicaragua”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 127, de 23/06/2005, párr. 204:

“Prohibición de interpretar una disposición de la Convención para restringir o limitar los derechos consagrados en las leyes nacionales y otros tratados internacionales (principio pro homine o pro persona, art. 29, b)”.

Corte IDH, Caso “Masacre de Mapiripán c. Colombia”. Sent. N° 134, de 15/12/2005, párr. 115:

“Las obligaciones derivadas de [una] normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de [este otro] instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido”.

Corte IDH, Caso “Pueblo Saramaka c. Surinam”, Exceps., Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 172, de 28/11/2007, párr. 92:

“El artículo 29.b de la Convención, [...] prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado”.

Corte IDH, Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) c. Costa Rica”, Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 257, de 28/12/2012, párr. 245:

“Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos”.

Corte IDH, Caso “Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia”. Exceps., Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 287, de 14/11/2014, párr. 39, Corte IDH; Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 318, de 20/10/2016, párr. 79; Corte IDH, Caso “Vásquez Durand y otros c. Ecuador”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 332, de 15/02/2017, párr. 30; en los sentidos antes expresados.

Corte IDH, Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 318, de 20/10/2016, párr. 311:

“el tribunal no podría restringir su análisis de la situación específica con base a una norma que otorgue menos protección”.

Y, párr. 312:

“La interpretación pro persona exige que la Corte interprete los derechos humanos previstos en la Convención Americana a la luz de la norma más protectora respecto de la cual las personas bajo su jurisdicción están sometidas”.

Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 357, de 23/08/2018, párr. 77:

“de conformidad con la Convención de Viena, los tratados deben interpretarse 'de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala”, cit., párr. 90:

“en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, los propósitos del sistema regional de protección”.

Véase que la jurisprudencia de la Corte IDH se va modificando en función del ‘carácter expansivo’ de los DDHH; sus jueces van introduciendo nueva comprensión a las disposiciones de la Convención ADH, recurriendo a otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, o de la legislación americana y aún, la jurisprudencia de sus Cortes Supremas (lo hizo en un supuesto de afectación al Derecho a la salud), pero nunca habrán de retroceder a etapas superadas. Tengo ahora en mente tres ejemplos: Uno, la calidad o condición de víctima, que ya no es sólo la persona que padeció la violación de sus derechos ni los afectados indirectos, que han sido siempre aquellos que padecieron las ‘consecuencias’ de la violación; la Corte IDH incorporó a los familiares directos, como ocurrió en la sentencia del Caso “Aloeboetoe c. Surinam”, en donde ordenó indemnizar a las esposas (más de una) de cada víctima masculina. Otro, es la consideración del derecho al trabajo como derecho humano, vinculado a la estabilidad del trabajador y la representación sindical, que no figura en el articulado de la CADH, pero que la mayoría de la Corte IDH, extrajo del art. 26, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta de la OEA (véase, Caso “Lagos del Campo c. Perú”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 340, de 31/08/2017). Un tercer supuesto, es la condena compensatoria en dólares pero, ahora, en sus últimas sentencias, refiere al valor del dólar en pesos, pero según los valores del mercado y no con referencia al valor oficial.

Can relación al derecho a la salud, en la sentencia del Caso “Rodríguez Pacheco y otra c. Venezuela”, Sent. N° 504, de 01/09/2023. Exceps. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, el Estado sostuvo que:

“derecho a la salud “no es justiciable ante el Sistema Interamericano” dado que ni la Convención Americana ni la Carta de la Organización de los Estados Americanos “prevén expresamente” obligaciones estatales en materia de protección a este derecho” (párr. 91).

La Corte IDH, dio la siguiente respuesta, párr. 105:

“de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna”.

Por afán de completitud y porque la idea de que ‘reparación’ e ‘indemnización’ no son conceptos jurídicamente equivalentes, sugiero partir desde la idea fuerza de la *perpetuatio obligationis* que, en síntesis apretada, implica reconocer la supervivencia de la obligación asumida hasta tanto no sea satisfecha con el cumplimiento. Así las cosas, si la obligación supervive, habría dos formas de considerar el cómo y el cuánto de su reposición en el patrimonio del acreedor, dañado con el incumplimiento (cabe incluir al acto ilícito); la primera, sería la *estimatio rei* (valor de mercado), que puede entenderse incluida en el daño emergente; otra, que cuando se habla del interés, se alude al interés ‘particular’ del acreedor, donde el interés se predica de la persona; la segunda, es el *id quod interest*, que nace del incumplimiento y, por cierto, del ilícito, tiene su fundamento en la culpa o en el dolo del deudor, que comprende el lucro cesante y los restantes daños devenidos, directamente (causalidad) del acto ilícito o del incumplimiento contractual. Para Emilio Betti y Guido Alpa, en la doctrina italiana, el *id quod interest* es el equivalente ‘pecuniario’ de la obligación incumplida pero que ha mudado de causa y de objeto; de causa, porque ya no es el acuerdo de partes, nacido del mutuo consentimiento, sino de la falta de cumplimiento; de objeto, porque aunque la prestación íntegra está contenida allí, hay un *plus* constituido por el lucro cesante y todos los otros daños que se derivan de no haber satisfecho el interés de prestación, el interés particular, como sostiene Eugenio Llamas Pombo (2022). Para dar un ejemplo, aunque no es bueno explicitar con ejemplos: Un interés general, como el que puede tener cualquiera respecto de una cosa (un automóvil), se satisface con la entrega de otro, de igual modelo y antigüedad; pero si ese móvil, estaba usado en la actividad profesional, vital y diaria de su propietario, hay un lucro cesante que bien puede exorbitar la simple afección de haber sido privado de la simple utilidad que el móvil presta a su propietario.

Insisto en recurrir a los ejemplos: Si salgo en el auto que compró mi abuelo en 1890, se lo regaló después a mi padre y, éste, me lo pasó a mí, cuando un violador de la luz roja del semáforo me atropella y lo destruye, no será el interés general el que reclame, sino la indemnización (el *id quod interest*), la relación directa, afectiva, subjetiva y válida, que existe entre mi persona y la cosa, que es,

además, lo que caracteriza los derechos reales. Vélez Sarsfield cita a Ortolán en la nota al art. 497:

“Un derecho real es aquél que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor”.

Y, en la nota al Título IV, De los derechos reales, dice:

“Aunque en la nota al art. 497 definimos los derechos reales, tratando ahora especialmente de ellos, diremos con DEMOLOMBE, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”.

Agrega:

“El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo e inmediato, y no puede haber un derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada, no exige necesariamente la existencia actual de la cosa, a la cual ese hecho deba aplicarse”.

Todo el Derecho continental europeo, base del nuestro, postula que la indemnización del interés particular, contenido en el *id quod interest*, exige poner a la víctima en la situación en que se encontraría de no haberse operado el daño, tanto ex contrato como ex delito (art. 1106, CC español; art. o parágrafo 249, BGB alemán; v., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, por Ludwig Enneccerus y Heinrich Lehmann, Traducción de la 35ª ed. alemana, 2ª ed. al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1994, t. II, Vol. I, pp. 62-63; art. 1223, CC italiano de 1942; v., Lina Bigliuzzi Geri, Umberto Breccia, Francesco D. Busnelli y Ugo Natoli, en *Diritto Civile. Obligazioni e contratti*, t. 3, Sezione seconda, *La regola generale della responsabilità per colpa*, pp. 688 a 716; aunque en el CC francés ya existía la distinción, el Proyecto de reforma de 2017, introdujo el art. 1258, insistiendo en colocar a la víctima del daño en la situación que existiría de no haberse producido el incumplimiento; por tanto, comprende el daño futuro cuando deviene cierto - “*le préjudice futur est devenu certain*”-; v. Henri y Léon Mazeaud, Jean Mazeaud y François Chabas, que se refieren a los ‘daños sucesivos’, en *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6ª ed., t. III, Vol. I, Montchrestien, París, 2014, p. 782, nº 2406; el Código de las Obligaciones de Polonia, que refiere a lo que la víctima “*habría podido esperar*” si el daño no se hubiera producido.

Este párrafo, que acabo de escribir esperando el reproche del lector al aparente derrape (fuera del camino de la casación), muestra la ‘doctrina legal’ que corresponde aplicar al daño causado, con lo que, su falta de consideración,

habilitaría la causa casatoria de violación de la ley o doctrina legal. Así que, es pertinente. Lo mismo pasa con los derechos reconocidos en la Convención ADH, a los que refiere la Corte IDH, como el citado derecho a la salud, porque su violación, será la violación del *corpus iuris*, de la doctrina de la Corte IDH y, por tanto, habilitará la causal referida.

El art. 293, CPrCC, impone el examen del recurso en orden a sus requisitos formales; en su ausencia, la cámara lo denegará, quedando habilitada la queja ante el STJ. El art. 294 prevé que, concedido, se eleve al STJ dentro de los dos (2) días. Ahora, opera por el sistema digital. La denegación que autoriza la queja, también se interpone por vía digital.

El art. 295, refiere al examen preliminar por el STJ, que puede confirmar su procedencia, lo que no lo obliga a decidir favorablemente sobre el fondo del recurso, y dicta allí la providencia de “autos”, que debe ser notificada, hoy por vía digital, pero esa notificación es, para mí, esencial, como lo era para la ley escrita que disponía la notificación ‘personal o por cédula’. El art. se refiere al cumplimiento del plazo de interposición y “*a los demás requisitos formales*”, que no debiera referirse a lo que el STJ llama la suficiencia técnica que, como se verá más adelante, es una exigencia nacida de la sentencia de la causa D’Anna, impuesta a la Cámara ante la cual se debe interponer el recurso. Como la norma dice que el examen preliminar es “*al solo efecto*” de la observancia del plazo, los demás requisitos formales no podrían referirse a las causales casatorias, a que se refiere la suficiencia técnica; si así fuera, el examen no sería preliminar sino definitivo, y el recurso sería devuelto por no contener todos los requisitos formales, además de los sustanciales; si acotamos el significado de esta frase a las ‘formas’ (plazo, depósito, domicilio, etc.), habría coherencia entre este art. 295 y el art. 293 (“*todos los requisitos de carácter formal*”).

El art.296 prevé, que desde la notificación del llamado de ‘autos’, cada parte puede presentar un memorial relativo a su recurso, o al de la contraria, dentro de los diez (10) días; vencido este plazo, el STJ da vista al Procurador General; su dictamen no es vinculante, pero en los supuestos de casación interpuestos por un representante del MPF, puede desistir del recurso. Cumplido el plazo, el STJ llama autos para sentencia, que deberá dictarse en el término de ochenta (80) días. Durante muchos años este plazo no se cumplió y a nadie, que yo sepa, se le ocurría denunciar la pérdida de jurisdicción, ni pedir el pronto despacho que autoriza la norma.

Por el art. 298, la sentencia sólo tratará los agravios introducidos y su criterio es libre para determinar si hubo o no transgresión a la ley o a la doctrina legal. Si admite la procedencia de la causal, casa la sentencia y resuelve conforme a la ley y doctrina legal. Esto genera incertidumbre, porque la norma dice que la doctrina legal será la que el tribunal “declare”. Por cierto, al litigante le queda

intentar el recurso extraordinario federal y el pretoriano por arbitrariedad de la sentencia, como en el caso, indicado antes, de que esa doctrina no fuera la que corresponde al caso; esto es, que el STJ pensara de modo distinto acerca del contenido de la ‘indemnización’ del daño padecido por la víctima.

Vuelvo a recordar lo que sostuvo la CS, con remisión al dictamen del Procurador General en la causa “D., N.L.” que, al omitir el tribunal de casación los aspectos relevantes sometidos a su consideración, no sólo incurrió en arbitrariedad sino que incumplió al mismo tiempo el estándar de revisión amplia y exhaustiva del fallo condenatorio establecido en “Casal” (*Fallos* 328:3399), con grave menoscabo de las normas federales involucradas en razón de las circunstancias reseñadas del caso particular (allí, la Convención de Belém do Pará, su ley reglamentaria N° 26.485 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), como así también que, pese a que esas deficiencias fueron señaladas por la defensa en su reclamo casatorio, al ratificar el decisorio recurrido, convalidó sin fundamentación adecuada el fallo precedente, lo que descalifica a su pronunciamiento como acto jurisdiccional válido desde la perspectiva de la doctrina de la arbitrariedad, pero también del artículo 8.2,h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las normas federales citadas, aplicables al caso (CS, Dictamen de la Procuración al que remitió la CS, punto VII, *in fine*).

Entiendo, entonces, que si los arts. 8.2,h y 25.1, CADH, y el art. 14.5, PIDCyP, son obligatorios en toda clase de proceso, se hace evidente que el control de la sentencia de cámara en casación, debe tener la profundidad y extensión que caracteriza a la ‘casación argentina’, elaborada por la CS en “Casal”. Y, agrego, que desde que tales instrumentos internacionales integran la Ley Suprema de la Nación, la omisión por los jueces de aplicarla en las condiciones establecidas, da lugar a la imputación penal que estatuyen los arts. 248 y 269, Código Penal de la Nación. O los jueces respetan la Ley Suprema en las garantías y libertades en ella previstas, o la República democrática prescinde de esos jueces. No tiene ningún sentido recordar los cuarenta (40) años del regreso a la vida democrática, si ciudadanos y habitantes siguen estando sujetos a un sistema apartado de sus garantías y libertades. Y sí está definitivamente asentado en causas penales, que procede el recurso extraordinario:

“cuando el recurrente plantea ante el a quo que la interpretación que de las normas aplicables ha hecho el tribunal de casación compromete severamente la vigencia del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CN)” (CS, 14/03/2023, “Molina, Aldo Andrés s/ Rec. de queja”, *Fallos* 346:165).

Si entiende que hubo quebrantamiento de formas, declarará nula la sentencia y mandará dictar con subrogantes la que corresponda. En jurisdicciones donde la

cámara está compuesta de tres miembros, subrogan los jueces de primera instancia.

Por el art. 300, el STJ ordena la devolución del depósito cuando se deniegue la concesión del recurso (se refiere a la formal) y se consiente la medida. Si le fue denegado y lo gana luego, también se le devuelve. Como esas sumas son importantes y le sirve al tribunal para incrementar su presupuesto, es rara la devolución. Como sigo creyendo que la justicia debe ser gratuita, como sostuvo la Corte IDH en el Caso “Cantos c. Argentina” y aunque la CS sostiene que no es un impuesto sino ‘un depósito’ (*sic transit gloria mundi*) que obedece a un requisito de la ley procesal, el CPrCC sigue la misma tesitura. Solo la defensa pública, el Estado y quienes logran obtener un beneficio de litigar sin gastos, están liberados de la ominosa gabela.

Hay una nueva orientación en los jueces de primera instancia, que son los competentes en materia del beneficio, por la que, ahora, exigen acreditar el uso de tarjeta de crédito con acompañamiento de los resúmenes en los doce (12) meses precedentes, los recibos de haberes por el mismo plazo, oficio al BCRA para acreditar la existencia de depósitos a plazo fijo o algún otro instrumento de crédito, además de oficios al Registro Inmobiliario, al de Propiedad del Automotor y a la Municipalidad local y a la ANSeS, debiendo acreditar la valuación fiscal de los bienes registrados. Estas exigencias desmedidas, habrá algún día que revocar, cuando la democracia republicana entienda que nuestra CN es ‘capitalista’, que la propiedad es, realmente, inviolable, como a la inmensa mayoría de impuestos que agobian a quienes trabajan y producen, en favor de quienes no lo hacen y gozan de empleos públicos a los que accedieron sin acreditar idoneidad, en tanto la educación es deficiente (hace 100 días que no hay clases en Santa Cruz, nuestra vecina), y el servicio de salud es deficiente en casi todas las provincias, porque ni los maestros ni los médicos están bien remunerados. Cuál sería la razón que alguien que disponga de dos autos y una casa valiosa, deba vender uno de aquéllos para sostener la tortuosa aventura judicial, llena de incertidumbre e imprevisibilidad, para reclamar la reparación de los daños producidos por un accidente de tránsito, un error registral, una mala práctica médica. Sólo el daño originado en una relación de consumo permite iniciar un reclamo reparatorio con gratuidad de tasas.

El art. 301, concreta que se pierde el depósito cuando concedido formalmente, luego lo rechaza, y cuando lo declare bien denegado. Por la naturaleza de la cuestión planteada, puede disponer la devolución al recurrente hasta en un 50%; igual devolución obtendrá el recurrente si desiste antes del llamado de autos, aunque se le impondrán las costas. Y, es habitual, que no regule honorarios al profesional, sosteniendo que su actividad fue inoficiosa. Los jueces, aunque yerren, cobran igual.

El art. 302 otorga el recurso de queja por la casación denegada por la cámara, que debe interponerse ante el STJ, dentro de los cinco (5) días de notificado, ampliándose el plazo en dos (2) días para la jurisdicción de Comodoro Rivadavia y de cuatro (4) para la de Esquel. No dice en qué consiste ni trae otra exigencia que acompañar copia de la sentencia recurrida ante la cámara; la sentencia de primera instancia, si fue revocada; copia del recurso de casación y de la providencia que lo rechazó; así como los recaudos para individualizar el caso y el tribunal. Ya se encargará el tribunal de casación para rodear de requisitos, que no están en la ley procesal, también a la queja. Debe resolver sobre su procedencia en el término de cinco (5) días. Si lo rechaza “*se le imponen las costas*”, previsión extraña porque no habrá sustanciación sobre la queja (debe resolver “*sin sustanciación alguna*”). Sería bueno que, si procede, las costas se les imponga a los jueces de la cámara. Recuerdo que, en época del proceso escrito, en materia penal, una nulidad incurrida por el juez, se sancionaba con las costas al juez. No parece que los tiempos cambien para bien.

Contra el decisorio, procederá el recurso extraordinario federal (art. 257, CPrCC de la Nación) y, denegado, como acaece regularmente, procede la queja ante la CS, acreditando el depósito de la gabela, bastante gravosa a la fecha, o la exención, que no se puede basar en previsiones locales sino, solamente, en las que prevea el CPrCC de la Nación. Mientras el Superior Tribunal de Justicia no conceda el recurso, no se suspenderá la sustanciación del proceso, salvo que el mismo requiera los autos para resolver la queja, y ello, desde que el Tribunal reciba la causa.

Es de interés, en este humilde estudio de la casación en la doctrina del STJ de Chubut, una breve referencia que muestra, otra vez, el desconocimiento y conse-cuente inaplicación, de la doctrina de la Corte IDH acerca de la procedencia y trámite de los recursos. El punto de partida de este asunto se puede encontrar en la decisión del Caso “Baena c. Panamá” (Sent. N° 72, párrs. 124 y 125), donde la Corte IDH resuelve que las garantías del debido proceso, previsto en el art. 8, CADH, para el proceso penal, se deben entender aplicable a toda suerte de procesos, incluyendo el civil y el disciplinario. Creo haber dicho ya, de la necesidad (obligación) de que los jueces, de todos los fueros y de todas las instancias, lleven a cabo el ‘control de convencionalidad’, a la par del control de constitucionalidad, cuando hay planteos de esta naturaleza. Insisto, desde que por el art.2, CADH, el Estado se ha comprometido a adecuar su Derecho interno a las garantías y libertades de la Convención ADH y, ésta, tiene entre nosotros la misma jerarquía que la CN (arts. 31 y 75, inc. 22, CN), resulta que este control es indispensable, más que necesario; tanto como el control de constitucionalidad. Esa adecuación se debió llevar a cabo en un plazo razonable; a 39 años de vigencia de la Convención ADH en nuestro país, no es admisible que no se haya completado,

allí donde se establecieron los principios tutelares (como en los arts. 10 y 22, de la CChu; o en el art. 1º, del CPrPenal del Chubut) y, menos tolerable, que los jueces, de todas las instancias, civiles y penales, no le presten acatamiento.

Tengo sobrada experiencia, mala, por cierto, de lo que acaece en el fuero penal de Chubut, particularmente en la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, donde actúo, cuanto en el STJ. La Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, pese a mi insistencia y al principio de igualdad de armas que postula el art. 17, CPrP, se aferra a las limitaciones recursivas que dicho Código establece, según se trate del imputado o de las otras partes del proceso, en especial, de la víctima, que adquiere la condición de un verdadero ‘convidado de piedra’ en el proceso. Para ilustrar lo que afirmo, baste leer el art. 17, CPrP, para concluir que aquel aferrase a los privilegios procesales del imputado, es un verdadero desatino; un dislate. La norma dice:

“IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. IMPARCIALIDAD. Se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución de la Nación y de la Provincia, y en este Código.

Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

Los jueces no podrán mantener ninguna clase de comunicación con las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, sin dar aviso a todas ellas.

La infracción a esta norma se considerará mal desempeño”.

Es fácil sintetizar lo que allí se ordena: i) igualdad de las partes en el ejercicio de facultades y derechos; ii) obligación de los jueces de allanar todos los obstáculos que impidan o debiliten el principio; iii) no haya comunicación con las partes con prescindencia de las otras; iv) el incumplimiento **de la norma**, o sea, de toda ella, se considera mal desempeño.

Insisto en la doctrina de la Corte Suprema sobre la hermenéutica que ella admite y postula:

“el Tribunal ha destacado que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (Fallos: 312:2078; 321:1434; 326:4515 y 340:2021), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos: 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286 y 338:488). De modo concorde se ha subrayado que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia

(Fallos: 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785; 329:1586; 333:866; 338:488 y 342:1376)” (CS,9/02/2023, “De Benedetti, Pablo Osvaldo c/ M Justicia y DDHH s/ desaparición forzada de personas - ley 24.411 art. 6”, Fallos 346:25).

Pero, por cierto, y por suerte, el principio de separación de los poderes no es absoluto, desde que expresamente se admite la intervención de la CS cuando media un abuso de funciones.

Cabe recordar lo ya indicado por la CS, cuando sostuvo:

“importaría prescindir del texto legal aplicable al caso,... que -al no exigir esfuerzo de interpretación- deben ser directamente aplicadas (Fallos: 218:56; 299:167; 311:1042; 319:2617; 323:1625;330:4476; 338:488 y 343:625)”.

Esta obligación, que campea tanto en el nuevo CCC (arts. 1 y 2), en orden a la interpretación y aplicación de las normas que corresponden al caso, figura en el CPrP de Chubut (art. 1) con contundencia, según sus términos:

“PRINCIPIO GENERAL. Rigen en el procedimiento penal todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los Tratados internacionales incorporados a su mismo nivel [Artículo 75 (22), C.N.] y en la Constitución de la Provincia [C.Ch.], Artículos 42 a 53, 18 (9), y los particulares [Artículo 31, C.N.; Artículo 10, C.Ch.], sin perjuicio de las que se ratifican y subrayan en el presente Código.

Dichas disposiciones son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa e informan toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá ser hecha valer en su perjuicio”.

Debe el lector preguntarse, si cabe alguna duda frente a la claridad de los textos que acabo de consignar. Y, si no la hay posible, razonable y fundada, qué se debe hacer con los jueces que desobedecen el mandato del legislador sin otra argumentación que la cita de los textos restrictivos, violando la obligación de adecuación que pesa, insisto otra vez, sobre todos los órganos del Estado, incluyendo, por cierto, a los jueces. Y qué hacer con los que inaplican, lisa y llanamente, las normas constitucionales y procesales, claras y congruentes, como ocurre con los arts. 15, 38, 102, CPrP, en función del art. 195, inc. 3º, CChu, que habilitan a la víctima la persecución penal, con prescindencia del MPF y sin perjuicio de su participación. Por cierto, en el caso de Chubut, mis intentos han sido vanos en apelar (impugnar) ante la Cámara Penal, en donde, ante el rechazo del presidente, he pedido la decisión del órgano con sus integrantes y han ratificado

la decisión del presidente. El reclamo al STJ es como golpear las puertas del cementerio.

Agrego, que el Consejo de la Magistratura no cumple, acabadamente, sus funciones; a modo de ejemplo, que conozco por directa implicación profesional, ha protegido a una juez de cámara que ocultó ser cuñada de la abogada apoderada del demandado y, concuñada, del abogado, hermano de aquella, con quien comparte el poder general para juicios otorgado por el demandado. Protección prodigada por quien era, en su momento, presidente del STJ y por otro juez de cámara, porque la señora ‘es su colega’. Esto sería un ápice, al decir de Eisner, si lo comparo con la denuncia que efectué al CM contra cuatro jueces penales, por emitir decisiones (providencias y sentencias) contrarias a normas expresas de la CChu (art. 195.3), y a disposiciones del CPPrP (arts. 15, 38, 102 y 146). La Comisión Investigadora rechazó la denuncia y así aconsejó al Pleno, porque, en síntesis, eran ‘opiniones’ que el propio STJ no había revocado en la impugnación extraordinaria presentada. Nadie se anima a efectuar estos planteos, pero, como he dicho y sostengo, como soy hombre de campo no hago lo del tero, que pega el grito en un lado y en otro pone los huevos.

Consigno, como ya dije, que el STJ en materia penal, aplica o, cuando menos, cita, el fallo dado en “Casal” de la CSJN; y, también, admite el recurso del imputado *in forma pauperis*, de lo que no me quejo; sí, lo hago, de algunas revocatorias deducidas *in extremis*, con que pretendía evitar que se consolidara una de sus acostumbradas negativas recursivas. De allí que no me quede otra que la amenaza penal, que es la advertencia del legislador de que determinadas conductas (tipicidad) habrán de generar responsabilidad penal. Como se dice coloquialmente, ‘el que avisa, no traiciona’. Pero, también se dice, que ‘entre bueyes no hay cornadas’.

Pero, además, hay una cuestión fundamental que debe evitarse, pues genera impunidad; así ha ocurrido en mis denuncias penales a los cuatro jueces penales antes referenciada, porque al inaplicar la Ley Suprema, al violar la CChu y el CPPrP de Chubut, confirmaron al imputado un *bill* de indemnidad, violatorio de la obligación del Estado de perseguir la delincuencia; la denuncia al MPF, iniciada el 20 de mayo de 2019, pese a mis varios requerimientos de la investigación preparatoria, no se ha dispuesto a la fecha su apertura (art. 274, CPPrP de Chubut). Remito, en función de síntesis, a los fallos de la Corte IDH, Caso “Tiu Tojín c. Guatemala”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 190, de 26/11/2008, párr. 69:

“el Tribunal ha señalado que, conforme la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad”.

En el Caso “Yvon Neptune c. Haití”, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 180, de 06/05/2008, párr. 178; Caso “Acosta y Otros c. Nicaragua”, Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 334, de 25/03/2017, párr. 132, dijo:

“El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, que no dependa única o necesariamente de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos” (Cita: Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”, Fondo. Sent. N° 4, de 29/07/1988, párr. 177; y Caso “García y familiares c. Guatemala”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 258, de 29/11/2012, párr. 135).

Y, en el párr. 165, la Corte IDH sostiene:

“Este Tribunal ha considerado que los jueces, como rectores del proceso, tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad” (Cita: Caso “Myrna Mack Chang c. Guatemala”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 101, de 25/11/2003, párr. 211; y Caso “Luna López c. Honduras”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 269, de 10/10/2013, párr. 156).

Todas estas cuestiones pueden ser planteadas ante el tribunal de casación y, éste, tiene el deber funcional de analizar si las pruebas acreditan los hechos denunciados, y aplicar las disposiciones legales que correspondan, ordenando a los jueces que intervienen en las causas, ahondar y completar la investigación para evitar la impunidad que, en un sistema de ‘justicia de amigos’, se vuelve una dolorosa utopía.

2.1.7. La sentencia de la CSJN en el caso “Gutiérrez”. No puedo omitir la referencia a un fallo de la CS, relativo a la casación ‘civil’, en la causa caratulada “Gutiérrez, Patricia y otro s/ a determinar” (CS, 26/09/2017, *Fallos* 340:1311), que le ha servido al STJ para hacerle decir a la CS lo que allí no dijo ni, tan siquiera, como un *obiter dictum*, que no genera doctrina ni, tampoco, jurisprudencia, pero abre la puerta a las opiniones simples, a los voluntarismos judiciales, a eso que la CS llama las declaraciones dogmáticas, que terminan transformando en fuente del derecho a no conceder recursos según el criterio restrictivo de los jueces del STJ. Me explico: Si el deber de adecuación a la CADH es, en rigor, una obligación jurídica, si la Convención ADH está equiparada a la CN en su supremacía, si la CS misma postula su defensa, al punto de decir que “no hay atribuciones inmunes al control judicial de constitucionalidad” (CS, 03/11/2020, “Bertuzzi”, *Fallos* 347:1457) y, si toda norma y decisión contraria al

corpus iuris de la Corte IDH “carece de efectos jurídicos” lo que conlleva su invalidez o, lisa y llanamente, su nulidad (Corte IDH, Caso “Heliodoro Portugal c. Panamá”, Exeps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 186, de 12/08/2008, párrs. 179 y 180; Caso “Gelman c. Uruguay”, Sent. N° 221, de 24/02/2011, párr. 246; y sus citas, Caso “Garrido y Baigorria c. Argentina”, Sent. N° 39, de 27/08/1998, párr. 68; Caso “Zambrano Vélez c. Ecuador”, Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 166, de 04/07/2007, párr. 57; Caso “La Cantuta c. Perú”, Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 162, 29/11/2006, párr. 114), la conclusión ilevantable es que la casación civil no puede tener un tratamiento dispar a la que resulta del caso “Casal” para la jurisdicción penal, pues, por un lado, contradice el contenido que la Corte IDH ha dado a los arts. 8.2,h y 25.1, CADH y, por el otro, quedarían suprimidas las valiosas normas de los arts. 9, 10 y 22, CChu; especialmente el art. 10, en cuanto declara nula toda decisión que se aparte de las garantías de la Convención y de otros instrumentos internacionales de igual jerarquía normativa que la CN.

Y no hay razón para que la Legislatura de Chubut no adopte soluciones más facilitadoras del control casacional, no sólo en la resolución de fondo, sino, tal como he proyectado, en la vía de admisibilidad; entendiendo por ésta, los requisitos formales a que se sujete su planteamiento, que no pueden ir más allá de la observación del plazo previsto, de las resoluciones que lo habilitan y de la expresión simple y clara de lo que se pretende violentado y de lo que se quiere que se reforme; esto último, hace referencia a los agravios según el aforismo *tantum appellatum quantum devolutum*. Y, según creo, el tribunal de casación puede ir más allá de ese tecnicismo, porque se trata de determinar cuál es el alcance de una ley o doctrina legal (el *iura novit curia*), por lo que, como es la competencia de la CSJN, no quedará atado a las alegaciones de las partes, aunque no podrá omitir resolver lo pedido por ellas; ni dejar pasar el error de ley de primera instancia, aunque haya quedado consentido.

Esto último no deja de ser ‘peligroso’ en algunos supuestos en orden a la seguridad jurídica; pero hay que entender, que una sentencia continente de un error esencial, no es un acto jurídico válido (arts. 265 y 267, CCC); del mismo modo que se puede corregir un error de cálculo o un error formal, el tribunal de casación debería, según las circunstancias del caso, revocar una decisión errónea, continente de una grave injusticia. La experiencia de la vida y los sesenta (60) años de profesión, me han enfrentado a ese tipo de problemas; así, en un caso en que el valor defendido en el juicio (monto del juicio en la ley de aranceles), era un 12,5% del haber sucesorio en disputa, el juez de primera instancia reguló honorarios sobre el valor total de los bienes; la alzada, en la apelación del afectado, confirmó el fallo y la regulación de los honorarios. Firme esa sentencia, pedí a la cámara la rectificación del grave error cometido que importaba un despojo del condenado en

costas, donde el porcentaje regulado (19%) superaba el valor del porcentaje pretendido. La cámara revocó su propio pronunciamiento; el beneficiario, en vía de casación, logró que el STJ dejara sin efecto la decisión correctora de la cámara. A cuántos litigantes habrá perturbado aquella conclusión de la CSJN según la cual, ‘más allá del acierto o del error, si la sentencia tiene fundamentos suficientes’, no será modificada. Hago constar que es doctrina de la CSJN, que la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida en materia de regulación de honorarios (CS, *Fallos* 251:233; 257:142 y 157; 270:388); y, excepcionalmente admitida en la CS (CS, 296:238). Cuando me irrita la ‘justicia de amigos’, es porque se convierte ese esencial servicio, en un remedo de Justicia.

Además, porque debe efectuarse el control de convencionalidad, que significa:

“que cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos protegidos por la Convención” (Corte IDH, Caso “Almonacid Arellano c. Chile”, Sent. N° 154, párr. 124; Caso “Boyce y otro c. Barbados”, Sent. N° 169, de 20/11/2007, párr. 113).

Con mayor razón, cuando la CN concede a la Convención ADH igual jerarquía que la suya, con lo que el control difuso de constitucionalidad, va de la mano del control de convencionalidad. Ambos controles deben realizarse de oficio; en este sentido, la Corte IDH dijo:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte IDH, Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 158, de 24/11/2006, párr. 128; y Caso “Heliodoro Portugal c. Panamá”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent- N° 186, de 12/08/2008, párr.180; Caso “Radilla Pacheco c. México”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 209, de 23/11/2009, párr. 339; Caso “Fernández Ortega y otros. c. México”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 215, de 30/08/2010, párr. 236; Caso “Rosendo Cantú y otra c. México”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 216, de 31/08/2010, párr. 219; Caso “Liakat Ali Alibux c. Surinam”.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones. y Costas. Sent. N° 276, de 30/01/2014, párr. 151).

Y ha remarcado que tal obligación pesa sobre todos los órganos y jueces de la administración de justicia, en todos sus niveles:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH. Caso “Cabrera García y Montiel Flores c. México”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 220, de 26/11/2010, párr. 225; Caso “Liakat Ali Alibux c. Surinam”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 276, de 30/01/2014, párr. 151; Caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 214, de 28/08/2014, párr. 311; Caso “Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 304, de 08/10/2015., párr. 346; Caso “Caso Gelman c. Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sent. N° 221, de 24/02/2011, párr. 193; Caso “Caso Chinchilla Sandoval y otros c. Guatemala”. Excep. Preliminar, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 312, de 29/02/2016, párr. 242).

El ámbito de aplicación del control de convencionalidad no solo pesa en los jueces y órganos del poder judicial, sino sobre todas las autoridades públicas del Estado Parte en la Convención. En la sentencia del Caso “de las personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 282, de 28/08/2014, párr. 497, la Corte IDH dijo:

“Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”.

Si la CSJN hubiera dicho, que la casación penal NO PUEDE aplicarse a la casación civil, que no es lo mismo que lo que ella dijo en tanto era ‘pensada’ para el proceso penal, no debió hacerlo, por las razones expuestas en el silogismo precedente. Ello así porque, vuelvo a recordarlo, la sentencia de la Corte IDH en “Baena c. Panamá”, sostuvo que el debido proceso del art. 8, CADH, debía aplicarse a todos los procesos mencionados en la norma (civil, comercial, administrativo, fiscal, disciplinario). Es más, en “Barreto Leiva c. Venezuela” (Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 206, de 17/11/2009, párrs. 108 y 109), la Corte

IDH recordó que el deber de adecuación del art. 2, CADH, debía ejercerse en un plazo razonable, destacando allí que el tomado por Panamá (Caso “Heliodoro Portugal c. Panamá”), había sido de diez (10) años y que tal plazo no era razonable; otro tanto dijo respecto del que se había tomado Venezuela que había sido de dieciséis (16) años. Qué podría decir del caso Argentino, en que la Convención lleva vigente treinta y nueve (39) años y se sigue incumpliendo con total desparpajo, tanto en el STJ como en las instancias inferiores.

El caso en “Gutiérrez”, trataba del recurso extraordinario concedido por la CS de Mendoza, en un supuesto de remoción de un funcionario público, que había rechazado, primero, el recurso de inconstitucionalidad provincial, para conceder luego el recurso federal del art. 14 de la ley 48, con el añadido de la arbitrariedad. La CSJN encontró que había en ese fallo una notable contrariedad del tribunal provincial, trató el recurso, y efectuó disquisiciones y precisiones respecto del fallo “Casal” y de los argumentos del tribunal local, que son de interés para nuestro examen. Desde que no puedo relacionar en integridad el fallo, tomaré lo que estimo trascendente del mismo.

Una primera afirmación contraria a la doctrina de la Corte IDH, surge del considerando 5º (me refiero a que el fallo “Casal” no sería aplicable a la casación civil; concretamente, a la no penal). El último párrafo dice:

“que más allá de que la doctrina del mencionado precedente se encuentra constreñida al trámite de causas penales, lo insostenible de su cita es que en “Casal” se afirma diametralmente lo contrario, esto es que el recurso extraordinario federal no resguarda debidamente el alcance del derecho de revisión consagrado en el art. 8º, inc. 2º, ap. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que no se puede racionalmente sostener cómo la doctrina de “Casal” puede ser apta para habilitar una vía que –como el recurso del art. 14 de la ley 48- expresamente se califica de insuficiente para resguardar una garantía consagrada en la Convención Americana citada”.

Pienso que, en lo segundo (el recurso de la ley 48 no satisface el estándar del art. 8.2.,h de la Convención), la CSJN tiene razón. Lo preocupante es que, si se denegó el recurso de inconstitucionalidad, en el caso, y se afirma que es inhábil el de la ley 48, la conclusión, para mí, no puede ser otra que mandar al tribunal local (CS de Mendoza) que dicte un nuevo fallo redireccionando el recurso de inconstitucionalidad denegado, al de casación provincial, tal como requiere el recurrente. Ello así, opino, porque si ambos son extraordinarios locales, la casación permite una expansión mayor al alcance cognoscitivo del tribunal local. Con gran alegría de mi parte, la CSJN admitió el recurso y mandó a la CS de Mendoza que dictara un nuevo fallo. Repasaré, muy brevemente los argumentos

utilizados por cuatro de los jueces, que registra un voto separado del doctor Rosatti, que también lo concede.

Al entrar en el análisis de los hechos, la CS recuerda que los casos resueltos por órganos extrajudiciales provinciales en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados, en la esfera provincial, configura una cuestión justiciable en la que le compete intervenir a este Tribunal, CS, por la vía del recurso extraordinario:

“solo cuando se acredite la violación del debido proceso legal. En consecuencia, fue afirmado que tales decisiones no escapan a la revisión judicial por dichos poderes, ni a la posterior intervención de la Corte por vía del recurso extraordinario (Fallos: 308:2609; 310:2031; 311:881; 313:114; 315:761, entre otros)” (Cons. 7º).

Cita allí sus precedentes en “Graffigna Latino” (*Fallos* 308:961) y “Freytes, Daniel Enrique” (*Fallos* 331:1784); y sustenta esa doctrina en dos principios estructurales: i. El debido proceso legal, instaurado en el art. 18, CN; ii) El control difuso de constitucionalidad. De manera que los poderes judiciales provinciales deben ejercer ese escrutinio constitucional. Pero a la CS sólo habrá de interesarle, en orden a su competencia apelada (art. 14, ley 48), si hay una cabal demostración de la violación de uno o ambos de esos principios.

La conclusión inmediata, la expresa la CS en los siguientes términos:

“De tal suerte, la intervención del superior tribunal de provincia -mediante un pronunciamiento constitucionalmente válido que dé adecuada respuesta a los planteos del recurrente- es indeclinable cuando se plantean sobre bases fundadas cuestiones prima facie de naturaleza federal (Fallos: 332:2208, causa CSJ 131/2012 (48-J)/CS1 “Juicio político contra los miembros del Tribunal de Cuentas de la provincia, Sres. CPN Claudio Alberto Ricciuti, CPN Luis Alberto Caballero y el Dr. Miguel Longhitano s/ recurso de casación”, sentencia del 30 de diciembre de 2014, y causa “Meynet”, Fallos: 338:601)” (Cons. 9º, in fine).

Esto es, como lo ha dicho la CS, cuando menos desde “Strada, Juan Luis” (CS, 08/04/1986, *Fallos* 308:490) y, luego, en “Di Mascio” (CS, *Fallos* 311:2478), “Lajmadi” (CS, *Fallos* 339:194), “Molina” (CS, 14/03/2023, *Fallos* 346:165), los superiores tribunales de provincia deben pronunciarse respecto de los agravios constitucionales oportunamente planteados por las partes. Cabría deducir, de lo expuesto en “Strada” que, si bien el superior tribunal de la causa no podía eludir el tratamiento de las cuestiones constitucionales planteadas, podría denegarlo si el planteo es ajeno a tales cuestiones constitucionales; sin perjuicio de que, siempre, sería procedente el recurso extraordinario en función de la doctrina de la arbitrariedad.

En definitiva, según creo, esta construcción pretoriana de la CS, viene a facilitar, con utilidad, que un planteo, no necesariamente de estricta índole constitucional federal, pueda ser resuelto en los estrados de la CS. Utilidad que nace de aquella afirmación de la propia CS de que, en definitiva, todos los planteos de derecho tienen alguna conexión con la CN, lo que determinaría a la CS entrar a conocer en todos los procesos; de allí, insisto, la exigencia de que la cuestión federal sea clara (como indiqué en los puntos i) y ii), precedentes). Aunque nunca definió cuándo habría una cuestión federal, ya predeterminada, sino que van ‘apareciendo’ en función de las normas violentadas, v.gr., el Código Aduanero es norma federal, o el Código Aeronáutico (CS, 24/02/2015, “Molina”, *Fallos* 338:103), hoy por hoy la violación de uno de los instrumentos internacionales referidos en el art. 75, inc. 22, CN, que hayan sido invocados por el recurrente y la cuestión se haya resuelto en contra de lo allí garantizado, abrirá el recurso extraordinario; y habrá que demostrar la relación directa e inmediata que lo resuelto tiene con las normas invocadas (art 15, ley 48).

Cabe recordar lo dicho por la CS, con referencia a las normas de derecho común, que abren la competencia apelada de la CS:

“la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y la vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definida de arbitrariedad” (*Fallos* 295:606; 301:108; 306:1242; 310:927; 311:2548; 323:192; 324:547, entre otros).

Y, la arbitrariedad, en el CPrCC de Chubut es una de las causales casatorias de violación de la ley o doctrina legal. Para saber si una ley se viola es menester conocer los hechos y las pruebas que los fundan, con lo que el análisis amplio (doctrina de “Casal”) deviene, más que necesario, indispensable.

Y también dijo la CS que al haber tachado de inconstitucional una ley nacional de derecho común, la vía del art. 14 de la ley 48 resulta procedente (CS, 04/07/2006, “Antiñir y otros s/ Homicidio en riña y lesiones”, *Fallos* 329:2367, Cons. 5º), con lo que se amplía la vía útil del recurso federal; y este fallo es posterior a “Casal”; pero no adecua a la jurisprudencia precedente, aunque, obviamente, la aplaudimos. La impugnación de inconstitucionalidad estaba allí referida a los arts. 95 y 96 del Código Penal, referidos al delito de lesiones y homicidio en riña. La alzada había rechazado la inconstitucionalidad alegada y la CS entendió correcto su pronunciamiento; dijo:

“Cabe admitir la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio

de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente”.

Mi preocupación sigue intacta porque, tratándose de un proceso disciplinario que persigue la remoción del funcionario (me refiero a “Gutiérrez”), y se ordena a la CS de Mendoza tratar la casación (y al modo de “Casal”), no advierto la razón para no aplicar esa doctrina a todas las causas civiles, comerciales, administrativas, fiscales, etc., como se postula en “Baena c. Panamá”, Sent. N° 72, toda vez que la doctrina de la Corte IDH debe ser respetada por la CS y por todos los jueces de todas las instancias y competencias. La culpa que le atribuyo a los procesalistas, más allá de su buena intención de ordenar los procedimientos, radica en no advertir que habilita las prácticas que entorpecen la utilidad del recurso. La supresión de esas interpretaciones (normas) y prácticas de los tribunales de justicia, y la creación de nuevas normas y prácticas que habiliten la vía del recurso ‘sencillo y fácil’, es imposición del art. 2, CADH y del *corpus iuris* de la Corte IDH (entre muchas sentencias, la de “Mendoza c. Argentina”, N° 260).

Volviendo al fallo en “Gutiérrez”, cabría efectuar otras consideraciones, a las que ahora me avoco.

Una, de interés, es que cuestiona la decisión de la CS de Mendoza de declarar que la vía utilizada por el recurrente, que califica de recurso de inconstitucionalidad, haya rechazado el planteo de los agravios constitucionales acusados por el recurrente que, en rigor, no alegó la violación de ninguna ley, por lo que la CSJN le imputa a la *a quo* haberse quedado con el *nomen iuris* del recurso, con prescindencia de su contenido:

“prescindencia que basta para privar de validez constitucional a la sentencia (conf. causa CSJ 361/2011 (47-F)/CS1 “Fleitas, Pablo Andrés s/ acusación – causa n° 14/09-”, sentencia del 13 de noviembre de 2012)” (CS, Cons. 12° de “Gutiérrez”; CS, “Fleitas”, *Fallos* 335:2238).

El recurrente había seguido la jurisprudencia de la CS de Mendoza, vigente a la fecha del planteo, de nominar a su recurso como de inconstitucionalidad exigido en los casos de impugnaciones de los órganos disciplinarios externos al poder judicial con lo que la CSJN le imputa no haberse pronunciado por la subsistencia o no de su propia jurisprudencia precedente. Y lo dice en los siguientes términos:

“Ello es así, pues esta Corte ha considerado lesivos de la garantía de defensa en juicio a los “virajes jurisprudenciales” que se aplican con efecto retroactivo, en la medida en que desvirtúan “...la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que atenerse al momento de intentar el acceso a la máxima instancia revisora local, en aras de la

seguridad jurídica, lo cual generó una situación concretamente conculcatoria del derecho constitucional de defensa” (Fallos: 320:1393)” (Cons.13º, segundo párrafo).

El párrafo siguiente no es de menor utilidad en este estudio, que transcribiré no sin antes recordar que:

“Tiene dicho esa Corte que es misión del intérprete de la ley indagar el verdadero alcance y sentido de ésta, mediante un examen que atienda menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente (Fallos: 329:872, 330:2932 y 331:2829)” (Del Dictamen de la Procuradora Fiscal, compartido por la CSJN, en mayoría).

El tercer párrafo del Cons. 13º, en “Gutiérrez”, dice:

“En esta misión protectora de la buena fe procesal, este Tribunal ha privado de validez a decisiones que alteraban intempestivamente las reglas del proceso, cuestionándoseles que “...con este modo de actuar la cámara desvirtuó la necesidad de que los litigantes conozcan de antemano las ‘reglas claras de juego’ a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales (Fallos: 311:2082; 312:767, 1908; 313:326 y 325:1578) y, de ese modo, convirtió al proceso en un ‘juego de sorpresas’ que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas (Fallos: 329:3493 y 331:2202)” (causa “Tello”, Fallos: 336:421)”.

Para mí apreciación de las normas jurídicas y de las cosas de la vida, la regla más segura es atenerse a la letra de la ley (art. 19, CN, garantía de legalidad), y a la que favorece los fines perseguidos por el legislador, *aggiornados* por el carácter protectorio de los instrumentos sobre derechos humanos (principio *pro homine*):

“privilegiar la interpretación que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (CS, 17/05/2005, “Sánchez, María del Carmen c. ANSeS”, Fallos 328:1602; CS, “F.A.L.”, Fallos 335:197, Cons. 17º).

E interpretación *pro homine* de los instrumentos internacionales (CS, Fallos 328:2056; 329:2265 y 5762).

En definitiva, la CS precisa que el derecho vulnerado es el debido proceso legal al no atender el tribunal *a quo* los agravios de índole federal postulados por el recurrente, pese a haber admitido, con cita del precedente “Graffigna Latino”, que la decisión del órgano disciplinario era susceptible de impugnación ante los estrados judiciales. La garantía constitucional que se invoca como vulnerada

guarda relación con lo resuelto (art. 15 ley 48), por lo que la CS priva de validez al fallo y ordena que se dicte nueva sentencia.

Llegado a este punto y en función del texto del art. 5, CN y del 31, que impone su soberanía sobre la legislación y constituciones de las provincias, no me resisto a la compulsión de mencionar, aunque en poca extensión, el ámbito de autonomía que corresponde a aquéllas, en cuestiones de procedimientos judiciales y de educación, aunque pueda volver luego sobre ellas.

Desde que la propia CSJN, por mandato constitucional, ha respetado a las provincias la facultad de organizar su administración de justicia, como asegurar la educación primaria y el régimen municipal (art. 5, CN), no puedo menos que postular la autonomía provincial para ‘legislar’ sobre aquellas cuestiones que no han sido delegadas, en forma expresa, al Congreso de la Nación, como acaece con el dictado de los códigos del Derecho común (hoy, art. 75, inc.12, CN). Tomo, como necesario abordaje, el fallo de la CSJN en la causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (CS, 04/05/2021, *Fallos* 344: 809), vinculada a la potestad de las provincias y de la CABA, a legislar sobre educación y sanidad, lo que ciertamente no agota la comprensión del tema. Y no veo la razón de que esa autonomía no se ejerza con derecho y eficacia respecto de los procedimientos judiciales, siempre dentro del marco republicano en que se estructura políticamente la Nación (art. 1, CN).

Los considerandos 17° y 18°, resultan de transcripción necesaria:

“17) Que no obsta a lo expresado la prevalencia que corresponde reconocer al derecho federal, en los términos de sus arts. 5° y 31, por sobre las normas adoptadas por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

La inteligencia de tales cláusulas debe enmarcarse en la arquitectura constitucional argentina, que delimita el ámbito de validez y el alcance de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina.

En ese entendimiento, los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local **como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional** (inconstitucionalidad ascendente o descendente). De ello se deriva que la prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos citados se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado dentro de las pautas formales y

sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema.

Así, las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales **sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias** y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de que esta contradicción ocurra, al verificarse el ejercicio de una atribución a extramuros de la Constitución Nacional, no podría válidamente concluirse la prevalencia de la norma federal en los términos de los arts. 5° y 31 citados” (énfasis añadido).

“18) Que, en este marco de análisis propio del federalismo, **toda norma nacional impugnada** deberá someterse a un previo examen sobre su debida justificación competencial. Así, el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él, pues de otro modo quedaría desvirtuado el cumplimiento de ese **imprescindible recaudo de validez** que, más allá de los criterios utilizados para determinar su alcance, debe ser siempre una **atribución normativa y previa** a su accionar” (énfasis mío).

Respecto a la competencia nacional para regular sobre los modos de garantizar la educación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dijo:

“19. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional. Como se ha dicho, en una organización federal una misma actividad o incluso relación jurídica puede estar regulada por múltiples autoridades de la federación y alcanzada por diferentes jurisdicciones.

El reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no significa que alcance con la mera invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio. En efecto, en un sistema como el de nuestra Constitución Nacional, para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado Nacional **debe contar con una debida justificación** que lo respalde en relación a las medidas concretas adoptadas con ese objetivo” (énfasis mío).

A modo de conclusión y porque no puedo extenderme en demasía en esta indispensable consideración sobre las competencias, el considerando 16 me auxilia, conformando mi propia creencia sobre el punto; convicción, más que creencia, pues por ello lo planteo. Dice, en lo que me interesa destacar:

“La interrelación entre estas atribuciones –interpretadas de buena fe– no debe plantear ningún tipo de conflicto normativo; el propio texto constitucional se encarga de brindar la respuesta para lograr que las

competencias de cada esfera de gobierno se desarrollen con plenitud en la vida institucional de la Federación, sin anularse ni excluirse.

Al ser ello así, los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, **un poder exclusivo**, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido **expresamente prohibido** a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas (Fallos: 3:131; 7:373; 51:349; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 174:358; 235:571; 243:98; 302:1181; 320:619; 331:1412, entre otros).

Por ello, todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (arts. 75 y 121 de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi, *Derecho Público Provincial Argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa “Blanco”, Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente “Cablevisión S.A.”, Fallos: 329:976)” (subrayado mío).

Concluyo, con palabras de la CSJN, sosteniendo que los actos de las legislaturas de provincia, no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, “**en términos explícitos, un poder exclusivo**, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido **expresamente prohibido** a las provincias”, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas (*Fallos* 3:131; 7:373; 51:349; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 174:358; 235:571; 243:98; 302:1181; 320:619; 331:1412, entre otros).

Y no quepa duda que, lo que me interesa, es destacar la supremacía de la Carta provincial (CChu) en cuestiones de justicia, educación (competencia concurrente, art, 75, inc. 19 y Ley Nacional de Educación 26.206), salud y moralidad (CS, “Plaza de Toros”, *Fallos* 7:150 y CS, “Saladeristas”, *Fallos* 31:2734).

Se me reprochará qué tiene que ver todo esto con la casación. Diré, pues, que mucho, porque si la CChu ha ‘hecho suyos’, de modo expreso, los derechos, garantías y libertades de la CN, de la Convención ADH, de otros instrumentos de

derechos humanos celebrados por la República, y debe someterse a las leyes que sean su consecuencia, va de suyo que tal obligación ‘federal’ no le pesa jurídicamente cuando las leyes sancionadas por el Congreso **son contrarias a las antes citadas**, que constituyen, insisto, todas, la Ley Suprema de la Nación; entre ellas, la que autoriza a suprimir vidas humanas por la propia voluntad de las gestantes, pues, entre otras razones (convenciones internacionales), viola el art. 75, inc. 22, que impone la aprobación por los dos tercios del total de los integrantes de ambas cámaras; como las obligaciones, que la CN impone al Congreso, de llevar a cabo acciones positivas en favor de las personas y del desarrollo humano (art. 75, inc. 23, CN); y el art. 78, de la CADH, que establece el modo de efectuar la denuncia de la Convención.

Y tiene que ver, también, porque si el art. 5, CN, le impone organizar su administración de justicia, tiene indiscutible derecho autónomo de regular los procedimientos y, cumpliendo las obligaciones asumidas por la República frente a la comunidad internacional (arts. 1.1, y 2, CADH), modificar sus propias normas y las prácticas judiciales que contradicen el texto obligatorio, según lo interpreta en forma soberana y en última instancia, la Corte IDH. Es el Estado federal el que está violando la Convención ADH y otros instrumentos internacionales, al no adecuar su Derecho interno. Claro, aquellos que por otras razones que el Derecho y la Justicia, permiten que en la provincia rijan leyes y prácticas inconstitucionales, merecen también el mote que la CN les asigna, de ‘infames traidores a la Patria’. Los arts. 10 y 22, CChu, son la prueba más elocuente de lo que el constituyente provincial quiso para sus ciudadanos y habitantes. Por cierto, a la Legislatura compete esa adecuación en lo que es de competencia provincial e, incluso, a los jueces dejar de aplicar las viejas prácticas y adecuar a la Ley Suprema (CChu incluida) el *corpus iuris* de la Corte IDH. Y no se estaría violando la CChu pues, como consta en el art. 1º, CPr Penal, rige la Convención ADH y otros instrumentos de igual jerarquía que la CN:

*“como normas superiores inderogables para los poderes públicos y los particulares [Artículo 31, C.N.; Artículo 10, C.Ch.], sin perjuicio de las que se ratifican y subrayan en el presente Código. Dichas disposiciones son de **aplicación directa y prevalecen** sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa e informan toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal” (énfasis mío).*

El respeto de las competencias internas, establecidas en la Carta local, debe ser aceptada y llevada a cabo por la autoridad pertinente. Y los jueces, de todas las instancias, aplicar el *corpus iuris* de la Corte IDH. Lo que no puede hacer el STJ de Chubut es modificar el Código de procedimientos, tanto civil como el penal, pues está previsto que le compete, de modo expreso, a la Legislatura; sí puede y debe, enviarle proyectos de modificación que estime conducentes. Hoy, la justicia

de familia de Comodoro Rivadavia, mi ciudad de adopción, está colapsada y no hay plazo razonable que pueda ser respetado. A la Legislatura compete adoptar las soluciones del caso, con intervención del STJ y de los Colegios de Abogados, a quienes la Ley de Colegiación obligatoria impone, no sólo asegurar el Estado de Derecho, sino ocuparse de la mejora de la administración de justicia. Ello no impide que el afectado interponga ante la CSJN un recurso de queja por denegación de justicia, que la reciente Acordada N° 25/2023 prevé expresamente.

En el fallo de la CS, antes citado (“Alpha Shipping”), donde declaró que las provincias no pueden aplicar plazos de prescripción de las multas por impago de impuestos, previstas en su legislación local, debiendo aplicarse la prevista en el art. 65, inc. 4º, Código Penal, hay una disidencia del juez Rosatti, que trae en apoyo de su tesis contraria, la opinión de Sarmiento en una nota a una sentencia de la CS registrada en *Fallos* 23:647, en que la provincia de Buenos Aires pretendía cobrar un impuesto a la transferencia testamentaria en favor de una persona no ligada a la familia. La CS, por mayoría, coincidiendo con el fallo de la primera instancia, declaró inconstitucional la ley de la provincia de Buenos Aires de 1871. El doctor Rosatti trae la siguiente cita de Sarmiento, que apunto en favor de mis asertos:

“...los códigos no alteran las jurisdicciones locales, ni la constitución provincial (art. 5), ni sus instituciones [...] ni son los códigos superiores a las constituciones provinciales, porque son dictadas en consecuencia de la Constitución nacional, que dejó a las Provincias el poder no delegado en ella, de dictar su propia constitución [...] y regirse por sus propias instituciones locales...” (*Obras de Domingo Faustino Sarmiento*, t. XLVIII, Imprenta y Litografía Mariano Moreno, Buenos Aires, 1900, pág. 66).

Hago la reserva respecto a la afirmación primera, pues la previsión de los códigos de fondo responde a una delegación expresa en favor del Congreso de la Nación, por lo que ninguna disposición de aquellos puede ser alterada por normas locales.

Esto significa que, habiendo la CChu, adoptado de modo expreso las garantías y derechos de la CN, le corresponde a su Legislatura emitir las leyes necesarias para reformar los códigos procesales, organizar la administración de justicia, establecer tribunales y procedimientos. Pero, en la aplicación de las leyes vigentes, todos los órganos públicos, en especial los jueces, no deben aplicar aquellas normas existentes que colisionan, ahora y desde hace 39 años (tiempo de vigencia de la CADH), el *corpus iuris* de la Corte IDH. No es esto sólo idea mía; lo sostiene la CS (CS, 23/12/ 2004, “Esposito y Bulacio”, *Fallos* 327:5668: “La CS debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte IDH -art. 68.1, CADH”) y lo impone la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, cuyo art. 27 dispone:

“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

El art. 46, CVT, refiere a la competencia para manifestar el consentimiento de un Estado.

Como soy un empedernido defensor de la justicia según la ley (art. 19, CN), mis inquietudes, fruto, tal vez, de los ‘talentos’ de que habla San Mateo en su evangelio (donde el talento guardado es un motivo de condenación), me animo a expresar que cuando la violación de las leyes, fruto del error -y del error de los jueces, aunque sea originado en el viejo cuasidelito imaginado por el pretor romano (‘cuando el juez hace suyo el proceso’)- cabe introducirlo, para la revocación de la sentencia, dentro la causal casatoria de violación de la ley o doctrina legal ‘arbitrariedad’. Convencido como estoy, que puede interesar al lector, la idea funda su raíz en la naturaleza ilícita, antijurídica, de las consecuencias del error y del error esencial; y en la culpa.

Debo aclarar que no reniego de la ‘equidad’ (sin perjuicio de recordar que las decisiones ‘en equidad’, son ajenas al Derecho continental europeo, del que es recipiendario el nuestro; como aquello de que, en situaciones muy delicadas, “la justicia, para no ser cruel, debe ser acompañada de la equidad”, CS, *Fallos* 7:301), pero tengo presente lo que al respecto ha recomendado la CSJN sobre el punto:

“los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales cuya sanción y abrogación está reservada a otros poderes del Estado” (CS, *Fallos* 324:2801).

Cómo no admitir que, por error del juez de no advertir que su decisión violenta la cosa juzgada, en el mismo o en otro proceso coligado al que resuelve, que el mismo sea articulado en esa vía tortuosa de la casación. Mi conclusión tiene el sustento comparativo de la revocatoria *in extremis*, creación del genial Peyrano, evaluada en la doctrina y admitida por la CSJN en variados supuestos.

Empiezo por recordar lo que ha dicho la CSJN:

“La contradicción de criterios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes” (CS, 05/03/1985, “Juan Sebastián Luna c. Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos* 307:146, Cons. 14º).

Tengo la profunda convicción que, siempre, debe subsanarse un error grave, evidente o esencial, pues las decisiones judiciales son actos jurídicos, tal como los admitía Vélez Sarsfield, como eran los testamentos y los actos procesales. En la nota al art. 929, CC, sostiene que:

“Por consiguiente este favor no debe concederse al que es culpable de una gran negligencia (L. 3, § 1, L. 6, § 2, Dig. "eod."). Para hacer la aplicación de esta disposición restrictiva, es necesario tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso. En general, el que se engaña sobre sus propios actos, o sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar este error, porque él supone una gran negligencia”.

Según creo, si el juzgador no revisó con cuidado el expediente y, al decidir, violenta una decisión pasada en la autoridad de la cosa juzgada, protegida por el principio de preclusión, el nuevo decisorio tendrá como causa un error culpable, pues violenta la cosa juzgada, no contradicha. Hay allí una negligencia que pudo superarse con una revocatoria, una apelación a la cámara o, eventualmente, con la revisión que permite la casación.

La nota al art. 923, CC de Vélez Sarsfield, bajo el Capítulo I de los hechos producidos por error, parece autorizar la proposición que efectúo. Dice el Codificador:

“La noción exacta de una cosa puede faltarnos, dice SAVIGNY, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo, error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión”.

El art. 267, CCC, aporta soluciones acerca de la incidencia del error en los actos jurídicos. Los incs. ‘a’ y ‘b’, según creo, pueden ser tomados como aplicables para resolver la contradicción operada, por la contradicción de la segunda con la primera resolución. Dicen:

“267.- Supuestos de error esencial. El error de hecho es esencial cuando recae sobre: a) la naturaleza del acto; b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;”.

La doctrina procesal y la jurisprudencia de la CSJN ha aceptado una vía de subsanación de errores de cierta gravedad, a través del recurso de reposición *in extremis*. Ha dicho la CNCiv., Sala M, recreando dicha doctrina, que:

“excepcionalmente, se admite la procedencia de tal remedio cuando se trata de enmendar un evidente error de hecho o, una conclusión equivocada fundada en circunstancias erróneas que, de no ser subsanadas pudieran

afectar el derecho de defensa de los litigantes. Dicha reposición llamada “in extremis”, de creación pretoriana (cf. Fallos 296:241, Fallos 295:752, CNCiv., sala C, 21-11- 2000, Fallo 62), tiene por finalidad corregir errores de tipo sustancial o formal que contuviesen las providencias simples, resoluciones interlocutorias y aun sentencias definitivas cuando media posibilidad de consumación de una grave injusticia como derivación de un yerro judicial. También ha sido admitido cuando el error es evidente -aun existiendo otras vías recursivas- con fundamento en razones de economía procesal (cf. Peyrano, J.W., “Estado de la doctrina judicial de la reposición in extremis...”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 2- Recursos T.I- pág. 61 y sgtes.). En efecto, se trata de una vía subsidiaria, que es admisible cuando no existan otros caminos para corregir el error y consecuente agravio; pero también cuando de existir otra vía, **el acceso sea dificultoso y de pronóstico incierto** (cf. Peyrano, ob. cit., pág. 70 y Di Benedetto, “Recurso de reposición o revocatoria” en Arazi - De los Santos, “Recursos ordinarios y extraordinarios”, pág. 124/125 y jurisprudencia allí citada, Edit. Rubinzal- Culzoni, 2005)” (CNCiv., Sala M, 06/03/2023, “Conc. de Coprop. ARTMARIA Av. E.R. De Dellepiane 490 c/ Hambo, Débora Raquel d/ Ejecución de expensas”; énfasis mío).

Dice Peyrano sobre este remedio procesal, del que fue su creador, que:

“Con su auxilio se puede intentar subsanar errores materiales – y también excepcionalmente yerros de los denominados ‘esenciales’-, groseros y evidentes, deslizados en un pronunciamiento de mérito -dictado en primera o ulteriores instancias- que no puedan corregirse a través de aclaratoria y que generan agravio trascendente para una o varias partes. Se entiende por ‘error esencial’ aquel que, sin ser un yerro material, es tan grosero y palmario que puede y debe asimilarse a este último. Su interposición exitosa presupone que se está atacando, total o parcialmente, una resolución que no es susceptible de otras vías impugnativas o que de serlo, las mismas son de muy difícil acceso o que su sustanciación involucre una flagrante violación de la economía procesal, porque indudablemente su suerte tenga pronóstico favorable, y que no se alegue la necesidad de suplir una equivocación jurídica o déficit de actividad de las partes en materia de selección de material probatorio” (Peyrano, Jorge W.: “Precisiones sobre la reposición in extremis”, en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, *La impugnación de la sentencia firme*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2006, pág. 319; según versión corregida de “La reposición in extremis”, L.L. 2007-D-649; Peyrano, Jorge W.: “La reposición in extremis”, L.L. 2007-D-649).

Dice Peyrano:

“Es decir, son susceptibles del recurso en análisis: a) las providencias simples (las cuales son siempre susceptibles de reposición según el art. 238 del CPCCN y el art. 273 respecto a las providencias de la alzada, por lo que no hace a la particularidad de la reposición in extremis), b) las sentencias interlocutorias y c) las sentencias definitivas” (PEYRANO, Jorge W.: “Avatares de la reposición in extremis”, L.L. 2010-C-1242, ap. I).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha aplicado en variados supuestos, de los que tomo algunos en función de síntesis:

Dice la Corte que el plexo normativo confiere a los jueces amplias facultades para enmendar errores materiales y no puede impedirse la corrección de un defecto (CS, 09/03/2004, “Gozza, Elio Mauricio c. Kenia S.A.”, *Fallos* 327:315). Dice la Corte, en este fallo, que la interpretación de dispositivos procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal, incompatible con un adecuado servicio de justicia y las reglas del debido proceso, máxime cuando reconoce base constitucional la necesidad de acordar primacía a la primera, de modo de impedir su ocultamiento ritual, como exigencia del artículo 18 de la Constitución Nacional (v. doctrina de *Fallos* 314:493; 317:1759; 320:428; 322:1526; 325:134, entre muchos otros).

El principio según el cual las sentencias de la Corte no son susceptibles de recursos de reconsideración, revocatoria o nulidad, admite excepciones cuando median errores materiales en sus pronunciamientos (CS, 1983, “Varesak, Héctor Lino”, *Fallos* 305:1162).

Debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque refiriéndose a los errores aritméticos o de cálculo (pero es un criterio que puede aplicarse a todos los errores groseros, palmarios o evidentes), ha dicho que el cumplimiento de una sentencia informada por vicios semejantes, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada, de inequívoca raigambre constitucional, pues aquella busca amparar, más que el texto formal del fallo, la solución real prevista en él (CS, 09/10/1990, “Alcaraz, Pascual c. Bertoncini Construcciones S.A.”, *Fallos* 313:1024); y si los jueces al descubrir un error de esa naturaleza no lo modificasen, incurrirían con la omisión en grave falta, pues estarían tolerando que se generara o lesionara un derecho que sólo reconocería como causa el error (CS, 13/09/1973, “Nallim, Juan Carlos c. Ortese Compañía Argentina de Seguros”, *Fallos* 286:291), pues no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos (CS, 20/04/1989, “Gobierno Nacional – Ministerio de Economía c. Cooperativa Poligráfica Editora Mariano Moreno Ltda.”, *Fallos* 308:755; CS, 21/09/2009, “Celtti, Mario Nazareno c. Roberti, Francisco”, La Ley Online cita AR/JUR/40222/2009).

A veces me ilusiono con estas doctrinas de la CSJN cuya aplicación, en muchos casos, no adecuan a las constancias materiales de los expedientes en que uno las plantea; y no porque allí no fueran aplicables, sino porque el ‘certiorary argentino’ (art. 280, CPrCC de la Nación), tendrá que ser revisado alguna vez, porque en un país democrático, todos los funcionarios y, en especial los jueces, deben dar fundada razón de sus decisiones.

Tengo que aclarar, con auxilio de la doctrina civilista, que la validación del error esencial, fue sometido en el CCC a la regulación del CC italiano de 1942, con lo que la solución requiere de otros elementos, entre los que la culpabilidad del emisor del acto errado, es sustituido por la ‘excusabilidad’ del acto, que, ahora, va a depender de la conducta desplegada por el ‘receptor’ del acto. Se dice en doctrina lo siguiente:

“El error esencial se inclina, pues, por lo manifestado y sólo habilita la anulación del acto a favor del emisor cuando el yerro tendría que haber sido conocido por el receptor de haber actuado con diligencia. Una diligencia que, según el art. 266, será evaluada en función de una serie de parámetros (la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, el tiempo y el lugar) que son los mismos contenidos en la definición de culpa del art. 1724 que, por otra parte, no es otra que la respetada fórmula de culpa que Vélez dispusiera para incumplimiento de obligaciones en el viejo art. 512. De esta manera, y de mediar una confianza inculpable, el acto se mantiene en vigor, dado que ya no interesa si el error del emisor era excusable o no, sino la diligencia del receptor (Bueres). Lo que importa entonces es determinar si la persona afectada por la declaración del que yerra estuvo o no en condiciones de percibir que el emisor se había equivocado y, en consecuencia, de haberle advertido ya que, de ser efectivamente así y de no haberlo hecho, el acto sería anulable por haber actuado de mala fe (Cifuentes)” (Prieto Molinero, Ramiro, en *Código Civil y Comercial de la Nación* Comentado, La Ley, Buenos Aires, J.C. Rivera y G. Medina (dir.), M. Esper (coord.), t. I, comentario al art. 266, *e book*).

Conviene aclarar, que el acto de que se trataría, acaece en una relación contractual bilateral, que supone una parte que yerra y otra, que consiente el yerro, en función del principio de buena fe y según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La situación del error ‘judicial’ tiene la particularidad del imperio, pero, también, la contrapartida del silencio de quien resulta afectado. Por tanto, si el litigante (su abogado) advierte al juez emisor, que el acto padece de un error esencial y no lo rectifica, quedará la posibilidad, también, de ir directamente a la cámara en apelación; y, si ésta, no lo revoca, la única medida posible será la revocatoria *in extremis*, encaballada en el recurso de casación. Desde que la he intentado en forma directa al STJ y me ha sido adversa la decisión, en ausencia de

regulación y dado sólo su valor pretoriano, la vía de la casación se muestra como el camino posible de la necesaria rectificación de un acto, que, para mí, está afectado de nulidad absoluta, afirmación que se abasteca en los arts. 386 y 387, CCC, (nulidad) y en uno de los fallos de la CSJN, recién citados. La verdad jurídica objetiva, el debido proceso legal, el derecho a la defensa en juicio, la vigencia de la legalidad y el derecho de propiedad, dan sustento normativo a esta idea que dejo propuesta, para que la lleven a cabo quienes posean mayores talentos que los míos, más bien escasos.

Si el acto de que se trata adolece de una nulidad absoluta, no es subsanable por prescripción pero, primero, hay que acreditar que la nulidad que se alega es absoluta que, el art. 386, CCC, define como la que contraviene el orden público, la moral o las buenas costumbres; cuestión ésta no muy sencilla, porque el orden público es una categoría histórica, que traduce el sentimiento jurídico de la comunidad en un tiempo determinado; aunque no hay una moral pública o predeterminada, es difícil precisar, hoy por hoy, cuáles son las conductas morales que alienta la comunidad; para la CSJN de 1986 (causa “Santa Coloma c. E.F.A.”), era la ‘moralidad corriente de las personas de conciencia recta’, concepto repetido por el juez Rosenkrantz en su voto en la causa “Grippe, Guillermo” (CS, 02/09/2021, *Fallos* 344:2256); y no hay una definición legal de ‘buenas costumbres’, que sí contenía el CC de Vélez Sarsfield, cuando menos en una de sus notas; la del art. 530, que dice:

“En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”.

En varios artículos, el CCC antepone, a aquellas tres condiciones, la violación de la ley, lo que resulta más claro y específico y ensambla en la idea del principio de legalidad del art. 19, CN (arts. 55, 56, 151, tercer párr., 279, 344 (lo pone a continuación de las tres condiciones, como prohibición del ordenamiento jurídico), 398 (sobre la transmisibilidad de derechos), 958 (sobre la libertad de contratar). El art 1014, sobre el acto ilícito, da un concepto extraño, pues refiere lo ilícito cuando la causa del contrato contraría las tres condiciones aludidas; siempre entendimos ‘ilícito’ como contrariedad de ley (para no entrar en las disquisiciones de antijuridicidad formal y material). En los *Fundamentos* del Anteproyecto y ante la dificultad de precisar el concepto de nulidad, se indica lo siguiente:

“d) lo manifiesto del acto nulo no alude a la “ostensibilidad visual del vicio” sino a la posibilidad de subsumirlo en una hipótesis normativa sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para determinarlo; e) el acto es nulo cuando el vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo, siendo el papel del juez el de limitarse a constatar la

existencia de una invalidez declarada de puro derecho en la ley, es preciso, rígido e insusceptible de estimación y apreciación por el juez; en el anulable, en cambio, es necesaria una labor de investigación que depende de circunstancias de hecho siendo la falla flexible variable y de valoración judicial (este enfoque parece englobar en la caracterización tanto la “visibilidad” del vicio como su “rigidez”).

Me parece de interés consignar otros supuestos en que la casación puede permitir arribar a una solución que, además de ajustada a la ley, sea justa, en conformidad con las circunstancias comprobadas en la causa. Me refiero a los supuestos siguientes:

En la cuestión de precedencia de la doctrina de la CSJN, especialmente, la constitucional, es decir, su fuerza obligatoria, se refuerza con el carácter eminentemente político institucional que desenvuelve en algunos temas, lo que le ha permitido decir a Pérez Guilhou, citando a Oyhanarte, que las funciones de la Corte Suprema:

“son materialmente políticas, en el más elevado sentido de la palabra, al extremo de que podría decirse sin error, que las principales decisiones del Estado están expuestas a riesgo de invalidación mientras no han recibido el exequátur de la Corte Suprema” (Pérez Guilhou, Dardo; “El Poder Judicial: órgano político y estamental”; en Dardo Pérez Guilhou y otros; en *El Poder Judicial*; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Ed. Depalma; Bs.As. 1989; pág. 87. Citando a Julio Oyhanarte, “Historia del Poder Judicial”; en “Todo es Historia”; año VI, no. 61, mayo de 1972).

Tomo esta cita de un trabajo de María Gabriela Ábalos, por no disponer del texto original. A modo de ejemplo, la decisión de la CSJN, cuando debió resolver acerca de la competencia de la CABA en materia de salud (CS, 04/05/2021, *Fallos* 344: 809, antes citado), o la decisión sobre los derechos coparticipables y, aún, las decisiones que pueden afectar el resultado de las causas por responsabilidad penal de funcionarios de muy alto nivel, lo que, actualmente, ha llevado a la pretensión de remover a los jueces del Alto Tribunal.

Particularmente, en el tema de las omisiones de los órganos del Estado, ya decía Germán J. Bidart Campos que:

“para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de

acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio” (Biddart Campos, G.J, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, V. Bazán (Coord.), Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1997, p. 21). Y, tal órgano, a mi modesto juicio, no puede ser otro que la CSJN; un ejemplo un poco lejano, fue, según creo, las sentencias en “Siri” (CS, *Fallos* 239:459) y “Kot” (CS, *Fallos* 241:291). Y, por qué no, cuando determinó la supremacía de los tratados frente a la ley (CS, “Ekmekdjian c. Sofovich”, *Fallos* 315:1492).

Otro más reciente y, aunque no me guste, la solución dada en “F.A.L.” (CS, *Fallos* 335:197), que ‘autorizó’ la supresión del embarazo resultante de violación, sin necesidad de requerimiento judicial, bajo la convicción exclusiva del médico que ha de llevar adelante la práctica. Sobre la base de esta decisión, la Administración reglamentó los modos y las vías de cumplimentarla. Dejo en claro que critiqué esta decisión, por falta de competencia legislativa en la CSJN y, en particular, por la exclusión en el trámite del caso de todo órgano judicial o fiscal, cuando el CCC, art. 70, establece la intervención obligatoria del MPF en la cuestión relativa al nombre y a su cambio. ¡Cómo excluirlo cuando se trata de la tutela de la vida de un ser indefenso! Afirmación mía que tiene sustento en el art. 120, CN, en tanto le asigna la condición de órgano autónomo e independiente de los poderes del Estado, y, por ley, las facultades de ‘peticionar’, en lugar de ‘hacerse parte’ (art. 31, ‘b’, Ley 27.148) y de interponer recursos (art. 31, inc. ‘c’, Ley 27.148). Son interesantes las disidencias originadas en la CSJN sobre el alcance de sus facultades (v. CS, 06/09/2023, “Univ. de la Matanza c. EN”, *Fallos* 346:970).

3. Qué tiene de extraordinario este recurso. Si fuéramos fieles a los principios apuntados, al contenido normativo de la Convención ADH, al *corpus iuris* desarrollado por la Corte IDH, el recurso nada tendría de extraordinario, a salvo que se trataría de una impugnación ante el máximo tribunal judicial local con el mismo alcance y propósito del recurso de apelación. El principio general ha sido dado por la Corte IDH en el marco de los arts. 8.2,h y 25.1, CADH, con que bastaría que los jueces, efectuando el control de constitucionalidad y de convencionalidad, hagan posible el *effect útil* postulado por el Tribunal trasnacional.

Ese debido proceso -se explicita en los fallos de la Corte IDH-, facilita un recurso sencillo y fácil, que apunta a lograr, de un órgano o tribunal superior al que dictó la sentencia, que lo revise en profundidad, sin exclusiones, como aquellas que suelen usar los superiores tribunales de la causa de que los hechos son resorte exclusivo de los jueces de la anterior instancia; si esto que se dice,

fuere así, el recurso carecería de sentido, pues el proceso es una sucesión de actos procesales que arrancan con la demanda, donde la pretensión articulada es el alma del reclamo, y los hechos y las pruebas deben apuntalarla; el principio de congruencia campea en todos y cada uno de esos pasos esenciales del procedimiento. El recurso persigue, entonces, que el tribunal corrija una sentencia desviada, errónea, incongruente, equivocada, injusta, mal que le pese a la CS, que suele prescindir de la justicia del fallo en tanto contenga fundamentos ‘suficientes’; afirmación que contradice a la Corte IDH (Caso “Castillo Petruzzi c. Perú”, párr. 61:

“el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”).

He de aclarar que, si solo lo dijera en el ámbito del control de constitucionalidad, implica que su última palabra es la que rige en la interpretación constitucional. Si lo dice, y cuando lo dice, en el ámbito de la arbitrariedad, un tribunal de ‘justicia’ no puede prescindir de su existencia, porque su cometido debe ser no solo ‘afianzarlo’ sino asegurarlo para todos los habitantes del país. Y para siempre. O nos quedaremos con la promesa latente y la frustración constante, asignada a nuestro esfuerzo en el Preámbulo de la CN de 1853.

Véase que la Corte IDH, como la CS, han reconocido a los Estados su derecho a la organización de su administración de justicia, así como la regulación de los procedimientos. Aquélla, ha dicho que no puede haber una sentencia de una única instancia (“Barreto Leiva”, párrs. 88 y 89), sin la posibilidad de un recurso. La CS ha dicho que, si el procedimiento local prevé la existencia de un recurso, debe satisfacer su objeto para el que ha sido creado. Este es el alcance que la Corte IDH ha dado a los arts. 8.2,h y 25.1, a través de los cuales ha acuñado la expresión el “derecho humano a la decisión justa” (entre otros, “López Álvarez c. Honduras”, Sent. N° 141, párr. 148).

A modo de introito, sin ánimo ni pretensión de completitud, el fallo dado en el Caso “Barreto Leiva c. Venezuela”, aporta algunas primeras conclusiones. Se citó, en primer lugar, un dictamen del Comité del PIDCyP, conforme al cual:

“Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”.

En los citados, entre paréntesis, los párrs. 88 y 89, resultan de sumo interés. Se dijo allí que:

“88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable”.

“89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado” (subrayado mío).

Se agregó, también que, si bien el Estado disponía de un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, “no puede establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo” (párr. 90 y su cita, en Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Sent. N° 107, de 02/07/2004, párr. 161; subrayado mío).

Debe tenerse en cuenta, como he sostenido ya, que los principios esenciales del debido proceso legal han sido establecidos en la decisión del Caso “Baena y otros c. Panamá”, Sent. N° 72, párrs. 124 y 125, como aplicables a toda suerte de procesos y lo ha reiterado en el Caso “Ivcher Bronstein c. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 74, de 06/02/2001, párr. 104; Caso “Palamara Iribarne c. Chile”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 135, de 22/11/2005, párr. 164; Caso “López Álvarez c. Honduras”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 141, de 01/02/2006, párr. 148; Caso “Claude Reyes y otros c. Chile”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 151, de 19/09/2006, párr. 106; Caso “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 182, de 05/08/2008, párr. 46; Caso “Fernández Ortega y otros c. México”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 215, de 30/08/2010, párr. 175; Caso “Rosendo Cantú y otra c. México”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 216, de 31/08/2010, párr. 159; Caso “Ibsen Cárdenas c. Bolivia”. Sent. N° 217, de 01/09/2010, párr. 165; Caso “Vélez Loor c. Ministerio Público de Panamá”, Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 218, de 23/11/2010, párrs. 108 y 141; Caso “Barbani Duarte y Otros c. Uruguay”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 234, de 13/10/2011, párr. 118; Caso “del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 268, de 28/08/2013, párr. 166.

Esta larga sucesión de citas persigue llamar la atención del lector en orden a que se trata de doctrina consolidada. A ella, agrego la siguiente, por su claridad y precisión:

“184. La Corte reitera que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...] El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes”.

“185. La Corte ha manifestado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla” (Corte IDH, Caso “Castillo Petruzzi y otros c. Perú”, Sent. N° 52, de 30/05/1999; subrayados míos).

En el Caso “Ruano Torres c. El Salvador”, la Corte IDH sostiene:

“La aplicación del art. 8 no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Corte IDH, Caso “Ruano Torres y otros c. El Salvador”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 303, de 05/10/2015, párr. 151; Corte IDH, Caso “Maldonado Ordóñez c. Guatemala”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 311, de 03/05/2016, párr. 71; y, para citar de las últimas: Corte IDH, Caso “V.R.P., V.P.C. y otros c. Nicaragua”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 350, de 08/03/2018, párr. 217; Corte IDH, Caso “Colindres Schonenberg c. El Salvador”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 373, de 04/02/2019, párr. 63; Corte IDH, Caso “Rico c. Argentina”. Excep. Prel. y Fondo. Sent. N° 383, de 02/09/2019, párr. 49; Corte IDH, Caso “Montesinos Mejía c. Ecuador”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 398, de 27/01/2020, párr. 174; Corte IDH, Caso “Petro Urrego c. Colombia”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 406, de 08/07/2020, párr. 120; Corte IDH, Caso “Moya Solís c. Perú”. Exceps. Prels, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 425, de 03/06/2021, párr. 66; Corte IDH, Caso “Manuela y otros c. El

Salvador”. Excep. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 441, de 02/11/2021, párr. 118; Corte IDH, Caso “Ex trabajadores del Organismo Judicial c. Guatemala”. Exceps. Prels., Fondo y Rep. Sent. N° 445, de 17/11/2021, párr. 63; subrayado mío).

La CSJN ha insistido en la necesidad de que la defensa en juicio, en sede penal, sea verificada como eficaz para la defensa del imputado, invocando para ello el honor y la libertad. En sus palabras:

“esta Corte tiene dicho que, en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 311:2502; 320:854; 321:1424; 325:157; 327:3087, 5095; 329:1794)”.

“La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502)”.

Me parece bien que se diga y se haga de ese modo, y que se incluya a la víctima, como sujeto pasivo de delito, con iguales derechos que su victimario; pero no advierto la necesidad de la restricción al proceso penal, pues la dignidad de la persona, que ha de respetarse en toda circunstancia (art. 51, CCC), no se limita a la libertad y al honor, sino a todos aquellos aspectos que asientan en la excelsa dignidad del ser humano, entre otros, el derecho a la verdad jurídica objetiva, al respeto a su integridad física y psíquica, a su privacidad, a su intimidad y, por qué no, a su derecho de propiedad que nuestra CN declara, con expresión exclusiva, su inviolabilidad; así como todos los que están contenidos sin relación concreta en el art. 33, CN (remito a la discusión operada en la Convención, con intervención de Sarmiento, Vélez Sarsfield y otros, sobre la necesidad e imposibilidad de traducirlos, todos, en una norma jurídica).

Es interesante la sentencia de *Fallos* 5:549, que trata de la acción penal seguida contra Indalecio Peralta y Cruz Balderrama, por hecho acaecido en tiempos de una sublevación en Cuyo, donde fue hecho prisionero el segundo, a quien sus captores encomendaron el cuidado de la caballada (caballos y mulas); él tomó 22 animales que estimaba inútiles para la tarea a que estaban destinados, y se los entregó a Peralta. El hecho que fueron acusados por robo de animales y acusados a la pena de 10 años de destierro y a pagar 198 pesos, por el valor de los animales. Balderrama demostró que los había entregado, algunos con destino a tareas de campo y otros a la Policía. Ambos imputados fueron absueltos del delito

de robo, pero su abogado no había apelado de la sanción pecuniaria. Llegado el caso a la CSJN, emitió la siguiente sentencia, luego que Balderrama había alegado que había prestado servicios en dos importantes batallas en favor del orden existente:

“Tratándose de personas desvalidas, y a quienes se ha hecho sufrir una prisión inmerecida, puede la Suprema Corte, por equidad, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de una condenación injusta de que no se apeló por la por ignorancia de los acusados o por descuido del defensor”.

La verdad jurídica objetiva ha merecido expresa protección de la CS:

“La interpretación de normas procesales no puede prevalecer sobre la primacía que corresponde atribuir a la búsqueda del esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, cuyo desconocimiento consciente es incompatible con el adecuado servicio de justicia que asegura el art. 18 de la Constitución Nacional” (CS, 19/05/1997, “Duart, Víctor c. Banco Central de la República Argentina”, *Fallos* 320:1038).

“La necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva reconoce base constitucional” (CS, 1960, “Besada Torres de Martínez, Mercedes c. Zimmer, José, y otros”, *Fallos* 247:176).

“La necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual es compatible con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional y concorde con el adecuado servicio de la justicia” (CS, 1962, “Esteves, Alicia c. Nación”, *Fallos* 254:311; CS, 27/06/1962, “Partido Obrero - Capital Federal”, *Fallos* 253:133).

“La interpretación de recaudos formales que supeditan el reconocimiento de un derecho no debe efectuarse de modo tal que ella prevalezca sobre la verdad jurídica objetiva, cuya necesaria primacía es concorde con el adecuado servicio de la justicia y compatible con la garantía constitucional de la defensa en juicio” (CS, 1967, “Grisetti, Arístides L. c. Filgueira, Héctor A., y otro”, *Fallos* 268:413; CS, *Fallos* 262:459; 283:88; 284:375).

En el tantas veces citado caso “Colalillo” (CS, 18/09/1957, *Fallos* 238:550) dijo:

“La condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Si bien es cierto que para juzgar sobre un hecho no cabe prescindir de la comprobación de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados, y que esa prueba está sujeta a limitaciones, en cuánto a su forma y tiempo, también lo es que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. A tal efecto, la ley acuerda a

los jueces la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable”.

Desde que en las decisiones del STJ de Chubut prima la habilitación del recurso de casación desde la exclusiva óptica formal, donde campeon los dogmatismos “no acredita”, relativos a lo que entiende como ‘técnica’ del citado recurso, es del caso poner en evidencia su contradicción con la doctrina de la CS; uno de los fallos de mayor claridad y contundencia de la CS, explicita que:

“La normativa procesal, indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en un ámbito específico, tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio; ello no puede lograrse si se rehúye atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio” (CS, 23/12/1980, “Juan Carlos Oilher c. Oscar Norberto Arenilla”, *Fallos* 302:1611; CS, 25/11/2005, “Fisco Nacional-AFIP-DGI c. Larreteguy”, *Fallos* 328:4073; CS, 27/06/2002, “Moreyra, Guillermo L. c. Estero Pucu S.A.”, *Fallos* 325:1541; CS, 31/10/2006, “De Lasa, Jorge A. c. Estado Nacional”, *Fallos* 329:4672).

Véase también, la conclusión en un voto en disidencia:

“entre la verdad jurídica objetiva y las formas, no son éstas últimas las que deben adquirir mayor trascendencia puesto que, de ser así, quedaría deslucida la misión del Poder Judicial de la Nación y transformaría a las formas procesales en un abuso, que no se compadecería con la seguridad jurídica” (CS, 01/04/1997, “Tilde, Jorge Néstor c. Rivero, Antonio Ricardo y otros”, disidencia del Dr. Moliné O'Connor, *Fallos* 320:472).

Intentaré demostrar en adelante cómo la breve frase del art. 292, CPrCC de Chubut (“*Expresar el alcance de su impugnación y lo que desea que se anule*”), ha sido convertido en un laberinto tan inextricable como innecesario, pues se trata, por voluntad del legislador (de la CN y de la CADH), de habilitar un órgano superior para determinar que la sentencia recurrida sea, efectivamente, un acto judicial válido.

Es muy relevante el entendimiento que el TEDH (Tribunal Europeo de DDHH) asigna al ‘debido proceso’; entiende por tal:

“un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión” (La cita es: ECHR, Kraska v. Switzerland. Judgment of 19

April 1993, Series A No. 254-B. App. No. 13942/88, para. 30; Van de Hurk v. the Netherlands. Judgment of 19 April 1994, Series A No. 288. App. No. 16034/90, para. 59; Van Kück v. Germany. Judgment of 12 June 2003. App. No. 35968/97, para. 48, 2003-VII, y, Krasulya v. Russia. Judgment of 22 February 2007. App. No. 12365/03. para. 50).

Desde mi óptica, lo relevante es que el STJ realice un estudio pormenorizado de los argumentos, de hecho y de derecho, evaluando la capacidad de afectar derechos del recurrente que resulten de los argumentos, de los hechos y de las pruebas colectadas en el expediente; debe dejar de lado el análisis riguroso de las formas, que generalmente utiliza para no efectuar el análisis de derecho que expone la sentencia recurrida. El recurso está previsto en el ordenamiento, pero carece de todo efecto útil para la comprobación de la verdad jurídica objetiva; de tal modo, la tarea del STJ es disvaliosa, inútil y no satisface el derecho al recurso que el CPrCC establece y que la Convención ADH desenvuelve imponiendo los requisitos de los arts. 8 y 25, CADH. Su justicia es “trapos sucios” (Isaías 64:4), porque no hace lo debido.

Po ello, sostiene la Corte IDH que el derecho a ser oído:

“abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido” (Corte IDH, Caso “Barbani Duarte y Otros c. Uruguay”. Sent. N° 234, de 13/10/2011. Fondo, Rep. y Costas, párr. 122).

4. El ominoso Acuerdo 3821/2009. Este Acuerdo Plenario, celebrado por el STJ en 31 de agosto de 2009, bajo la invocación de supuesta autorización reglamentaria (“Las facultades estrictamente reglamentarias conferidas a este Cuerpo por el art. 178, inciso 3° de la Constitución Provincial y los arts. 32 inciso 6° y 33 inciso 15° de la Ley Orgánica vigente del Poder Judicial”), con la finalidad:

“de sancionar un ordenamiento, de similar contenido y espíritu al que emerge de la Acordada N° 04/2007 de la C.S.J.N., con el objetivo de sistematizar los diversos requisitos que hacen a la admisibilidad formal de los escritos mediante los cuales se interponen los recursos extraordinarios locales de casación e inconstitucionalidad que prevén los arts. 286 y 300 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de esta Provincia, como así también, ante la denegación de cualquiera de dichos remedios, la presentación directa que contempla el art. 299 del mismo cuerpo legal; en conjunción con los precedentes sentados y reiterados a lo largo del tiempo por este Superior Tribunal de Justicia; y en especial, los lineamientos

fijados a partir del caso “D’Anna, Orlando Elías c/ Berroqui, Pedro s/ Laboral cobro de haberes” (Expte. N° 11.898-D-1988) -S.I. N° 26/1988-, y la normativa procesal vigente”.

Como primer abordaje no es de extrañar, como en todo sistema autoritario, que la última previsión sea “la normativa procesal vigente”, a la que antepone sus propios criterios. Y sancionar un ordenamiento no aparece como de competencia del Poder Judicial. Esto traduce lo que, claramente, surge del texto: el voluntarismo judicial que se impone sobre la norma escrita, a la que se va modificando con un propósito, clarísimo, de restricción del sistema recursivo; ello así, porque si bien la ley y su reglamento constituyen una unidad, vigente y exigible, un solo cuerpo, es indispensable que la reglamentación ‘facilite’, amplíe, en favor del derecho al recurso, los requisitos de su postulación. Nada de eso ha ocurrido; el Acuerdo Plenario 3821/09 es una réplica de la Acordada 4/2007, de la CSJN, ya de difícil tránsito en esa sede, con el agregado que la CS dispone del llamado *certiorary* argentino (art. 280, CPrCC de la Nación), que autoriza a la CS a no habilitar la apertura del recurso según su sana prudencia.

La CN (Ley Suprema) prevé, en el art. 28, el alcance del poder reglamentario, que está dirigido a quienes ponen en funcionamiento el dispositivo sancionado por el Congreso; principalmente, el Poder Ejecutivo. La propia CS se ha encargado de fijar los límites de ese poder reglamentario. Así:

“[A] reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél **toda la plenitud** que le reconozca la Constitución Nacional. Luego, es tan cierto que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, como lo es que esta última está destinada **a no alterarlos** (Constitución Nacional, art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto cimero que los enunció y que manda asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; “Vizzoti”, Fallos 327:3677, p. 3688 y “Madorrán”, Fallos 330:1989, considerando 10, párrafo 3º)” (CS, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, Fallos 332:2043; énfasis añadido).

La pretendida ‘sistematización’ no apunta a favorecer la ‘plenitud’ del derecho al recurso, alma del debido proceso legal (art. 18, CN; arts. 8.2,h y 25.1, CADH; art. 14.5, PIDCyP), sino a poner trabas, a modo de las ‘trampas procesales’ a que se refiere la CS cuando se da a las formas preeminencia sobre el Derecho de fondo, sobre las garantías del sistema. Es la tendencia a impedir y a dificultar el ejercicio de los derechos reconocidos que anida en el STJ, espíritu contrario al que debe reinar en el máximo y último órgano judicial local de protección de las

garantías y libertades del justiciable. ¿A qué obedece ese ánimo restrictivo, cuando la Ley Suprema ordena lo contrario?

El Acuerdo Plenario 3821/09, es, para decirlo sin ambages, el sustento ‘normativo’ (inconstitucional, por cierto) para arropar de regularidad una sentencia amañada; para ejercer el poder, que permite todo desvío subjetivo de los jueces, sin dar otra explicación que la insuficiencia formal de un recurso presentado en debida forma. Encubre, pues, el gobierno de los jueces en sustitución del gobierno de la ley, en cuya cúspide está, siempre, la Ley Suprema (art. 31, CN). Y, de paso, transforma en una cuestión ‘procesal’ la desviación del servicio (incumplimiento de deberes de funcionario, cohecho, prevaricato, etc.). La CS lo ha dicho del siguiente modo:

“Los derechos y obligaciones de los habitantes sólo existen en virtud de sanciones legislativas y no puede el Poder Ejecutivo crearlas ni el Judicial aplicarlas”.

“Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley” (CS, 19/11/1941, “Esio Bruno Cimadamore”, *Fallos* 191:248; 178:355).

Lo afirmado es consecuencia del principio, adoptado en la CN, de separación de los poderes, que la CSJN supo defender tempranamente (CS, 04/12/1863, “Ramos Ríos y otro s/ Homicidio y piratería”, *Fallos* 1:32).

En un fallo clarificador, la CS dijo que, siguiendo la doctrina de Marshall para los EEUU de América, la delegación de poder para hacer la ley no es admisible (CS, *Fallos* 148:430: “en nuestro sistema no puede considerarse la existencia de ‘reglamentos delegados’ o de ‘delegación legislativa’ en sentido estricto, entendiéndose por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere -aún con distintos condicionamientos- en beneficio del ‘ejecutivo’, determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales”). Mucho menos, delegar en el Poder Judicial la reforma de la ley, que la CChu, por cierto, no prevé. Violenta la función esencial del Poder Judicial de “tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados”, (CS, *Fallos* 331:2925; 339:1423; 343:1332, entre otros).

El tema, según creo, tiene importancia capital para asegurar la libertad de todos y el ejercicio de los derechos conforme a la ley. No quiero entrar en la cuestión doctrinaria y jurisprudencial de la separación de los poderes; en función de síntesis, remito a la doctrina de la CS, expuesta en varios precedentes (entre otros, “Soria de Guerrero”, *Fallos* 256:556; “Nobleza Piccardo”, *Fallos* 321:3487; “Famil”, *Fallos* 323:2256; “Barrick”, *Fallos* 342:917; entre otros), pero no puedo omitir la doctrina de la CS sobre cuándo es admisible la intervención del Poder Judicial en la función legislativa. Ha dicho que:

“el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse”, en tanto que “solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario habilitan la intervención de los jueces” (CS, 10/10/2017, *Fallos* 340:1401; 342:917, entre muchos otros; y CS, 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A.”, *Fallos* 342:224, Cons.5°).

Pero bueno es recordar lo que la CS dijo respecto de la Constitución, más allá del valor de sus textos:

“Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer en el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación” (CS, *Fallos* 178:9).

Con mayor razón, es valedero mi argumento de que la Ley Suprema se forma, tal como lo establece el art. 31, CN, con el texto de ésta, con los instrumentos internacionales de igual jerarquía, con las leyes nacionales consecuentes y los restantes tratados con potencias extranjeras (siempre en los límites del art. 27, CN, ‘orden público interno’ de la CN), y las leyes que sean ‘consecuencia’ de todos ellos. Creación ‘viva’ que se nutre con el carácter expansivo de los derechos humanos, según los tratados y el *corpus iuris* de la Corte IDH. En modo alguno, un Acuerdo Plenario, puede modificar la ley clara y simple, que estatuye un recurso legislado, en origen, con la simpleza de las trece (13) primeras palabras del art. 292, CPrCC de Chubut, suplantadas por más de dos mil (2000) que van imponiendo requisitos que la norma legal no establece. El recurso fácil y sencillo (arts. 8.2,h y 25.1, CADH), se ha convertido, en virtud del Acuerdo, en una aventura difícil de predecir pues, esconderá siempre, tras el ‘no acredita’, la voluntad oculta de los jueces. Esa ‘sistematización’ evita que los jueces se hagan cargo, siempre y en profundidad como es debido, de los agravios constitucionales y legales que sustentan la casación.

Y es insoslayable el tema de la reglamentación, porque el Acuerdo ominoso lo violenta desde su pretense fundamento y anunciado fin, trastocando el significado claro y simple de las palabras del legislador, tenor literal que debe respetarse, como ha de respetarse también la intención perseguida por él. Como ha dicho la CSJN, la facultad de reglamentación debe surgir de la propia ley en cuanto autoriza a los órganos a que se refiere, el modo de llevar a cabo las funciones que aquélla (la ley) ha establecido (CS, 21/03/2023, “Colegio de Abogados de Mar del Plata c/ ANSeS y Otro s/ Amparo ley 16.986”, *Fallos* 346:182: “ejercicio válido de atribuciones legislativas”). Pero, siempre, la reglamentación se ajusta a la ley, pero no para violarla, sino para facilitar su

aplicación. El Acuerdo ha transformado en un ‘Manual de instrucciones’ aquello que tenía la claridad, lozanía y simpleza de los textos; “expresará”, verbo que indica poner de manifiesto qué es lo que se impugna y lo que se pretende se anule; mostrar el error en que se ha incurrido, sea por vicio de lógica, por apreciación deficiente u omisiva de prueba esencial (CS, “Natalicchio”, *Fallos* 327:5218), por violación de la norma que corresponde al caso, y otros supuestos que la causal comprende. Así de simple, así de fácil. Y, ha dicho la CS, que la ‘seguridad jurídica’ “cuya tutela innegable compete a los jueces” hace a la razón del sistema (*Fallos* 318:441, Cons. 8º, y *Fallos* 333:2001, Cons. IV del Dictamen de la Procuración General de la Nación).

En la causa “Mignone” (CS, *Fallos* 325:524), relativo al ejercicio del derecho al sufragio de las personas privadas de libertad sin condena, declaró la inconstitucionalidad de la denegación del citado derecho, y decidió que era necesario que el Poder Legislativo sancionara la reglamentación correspondiente a efectos de que aquellas personas pudiesen ejercer su derecho a votar. No encuentro un ápice de diferencia con lo que el STJ debió hacer (requerir a la Legislatura una reglamentación del recurso, distinta a la vigente por ley). Ello, porque, insisto, “es resorte exclusivo de otros poderes del Estado” (CS, 10/02/2022, “Orazi, Martín Oscar s/ inhabilitación (art. 3 CEN)”, *Fallos* 345:50).

Y la presuntuosa e incumplida finalidad del Acuerdo fue que:

“el instrumento a dictarse generará, también a nivel local, el establecimiento de técnicas claras de elaboración de los recursos, certeza en las pautas de admisión, agilidad en su tratamiento y homogeneidad en el examen; todo lo cual coadyuvará a una mayor seguridad jurídica para los litigantes y sus letrados; y facilitará la tarea de las Cámaras de Apelaciones y de este Superior Tribunal de Justicia, redundando en un beneficio concreto a la administración de justicia en su conjunto”.

Sostengo que, además de que ninguno de esos fines se ha cumplido (tal vez, fuera del ‘corte y pegue’ de los secretarios relatores), altera el texto legal y violenta, claramente, el límite reglamentario (art. 28, CN), la doctrina de la CS al respecto y, en especial, la vigencia de la Ley Suprema de la Nación, integrada, como ya he dicho, con la Convención ADH y otros instrumentos internacionales que postulan, con obligación de adecuación por el Derecho interno del país, a desarrollar un recurso sencillo, fácil, rápido, para lograr el anhelo de obtener el reconocimiento del derecho humano a la sentencia justa. La ‘seguridad jurídica’ está en manos de los jueces del STJ, cuando sólo debería resultar de la letra y del espíritu de la ley, pues, según el art. 19, CN, nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. Nunca puede ser más importante ‘facilitar la tarea’ del STJ, satisfactoriamente remunerada, que asegurar al litigante

el adecuado servicio de justicia. Veamos las objeciones. Una, sustancial, la fija la CS:

“resulta cuestionable la facultad de los tribunales para establecer, por vía de acordada, normas generales que reglamenten la aplicación de las leyes, aun no procesales” (CS, 22/12/1960, *Fallos* 235:738).

Las palabras de la CS, fueron más precisas, pues se hacía referencia a la reforma del CPrCC para la Capital de la República por la ley 14.237, disponiendo la Corte, tal como lo establecía de modo expreso la ley (art. 93), que debía aplicarse en los tribunales de la Justicia Nacional con el carácter de supletoria; y, “por tanto, sólo correspondía establecer por ley y no por acordada normas discriminatorias respecto de la aplicación de la ley 14.237”, a salvo las complementarias que dispusiera el Tribunal. Concuera con lo resuelto en la sentencia de *Fallos* 234:746.

El sistema formulario, vigente en la antigua Roma, debió quedar sepultado para siempre en la negra noche de los tiempos. El culto a las formas es el credo que comulga el STJ de Chubut, para mal de muchos, si no de todos, pues la previsibilidad de la ley desaparece. Recuérdese, nadie puede escudarse en el desconocimiento de la ley (art. 8, CCC). Y, en todo caso, es menester que la reglamentación satisfaga el test de razonabilidad, que implica relacionar adecuadamente medios y finalidad, propio de toda reglamentación (CS, *Fallos* 338:1183)

El debido proceso legal está previsto, de modo general, en el art. 18, CN, y en los arts. 8 y 25, Convención ADH, y en otros instrumentos internacionales; forma un derecho inalienable para que el debido proceso exista como tal, que la regulación prevea un recurso ‘fácil y sencillo’. Y, aunque los Estados parte pueden establecer regulaciones en sus procedimientos, ya he consignado que el recurso, tal como lo diseña la Corte IDH, debe existir con efecto útil; no basta con que esté previsto, sino que es necesario que su ejercicio sea fácil, sencillo y rápido; es decir, libre de cortapisas y regulaciones con pretensión de sistematización que encubre su impracticabilidad.

Esta firme doctrina significa que deberán tacharse de inconstitucionales todas las disposiciones legales que, bajo pretexto de reglamentar un derecho o garantía de rango constitucional, lo desvirtúen modificando las implicancias de tal naturaleza constitucional (CS, *Fallos* 257:127; 258:315; 261:205; 262:205; 267:123; 271:124 y 320; 274:207).

Ha precisado su función, diciendo:

“Por otro lado, todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio excluido de la revisión judicial. Ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control

constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos (Fallos: 112:63; 150:89; 181:264; 261:409; 264:416; 318:445); por ende, una vez constatada la iniquidad manifiesta de una norma (Fallos: 171:348; 199:483; 247:121; 312:826) o de un acto de la administración (Fallos: 292:456; 305:102; 306:126 y 400), corresponde declarar su inconstitucionalidad” (CS, 01/02/ 2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires (Smith, Carlos Antonio c. P.E.N.)”, *Fallos* 325:34).

El art. 28, CN, impide al legislador “obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener” (CS, *Fallos* 117:432, 436).

La atribución que se asigna, en función del art. 178, inc. 3º, CChu, no lo autoriza a modificar la ley por Acordada. El texto dice:

“Elabora su reglamento interno y dicta acordadas conducentes al mejor servicio de justicia”.

Se refiere a cuestiones operativas, como regular la Oficina de Mandamientos y notificaciones, el turno de los juzgados y cámaras, el orden de la subrogación de jueces, las guardias mínimas, etc., etc.

Véase que el art. 176, CChu, bajo el título de “Iniciativa legislativa”, establece:

“El Superior Tribunal de Justicia puede enviar a la Legislatura proyectos de ley relativos a las siguientes materias:

- 1. Organización y procedimientos de la Justicia.*
- 2. Organización y funcionamiento de los servicios conexos a la justicia o de asistencia judicial”.*

Precisamente, respecto de la organización y procedimientos SÓLO puede enviar proyectos a la legislatura; en modo alguno puede modificar los procedimientos (entre los que se encuentran los recursos) por propia autoridad. En la interpretación constitucional, ya la CS dijo cómo ha de actuarse, pues se trata de un sistema orgánico que debe respetarse en tanto ‘ley suprema’. Tiene prioridad el art. 176 y no el 178, no sólo por estar primero en el texto, sino porque la materia a que se refiere es precisa. Insisto, el STJ no puede modificar un ápice del Código Procesal Civil y Comercial del Chubut.

La CS ha dicho al respecto:

“la interpretación del instrumento político que nos rige no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades enumeradas por él para que se destruyan recíprocamente sino armonizándolas dentro del espíritu que le dio vida. La Constitución Nacional es una estructura sistemática; sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto” (CS, “Brusa”, 11/12/

2003, *Fallos* 326:4816, Cons. 9º; CS, *Fallos* 181:343; 240:311).

La CChu, como no podía ser de otra manera, organiza el gobierno sobre la base de la división de los poderes y, expresamente, concede al STJ la posibilidad de ejercer la iniciativa legislativa en los específicos temas que establece; pero no contiene ni constituye una delegación legislativa. El concepto acuñado por la CS, recién transcrito, es aplicable a las constituciones de provincia.

La primitiva ley 37 fue derogada por la Ley V N° 174 (B.O. 10/2/2020 N° 13349) que, en su art. 20, inc. ‘a’, sobre las atribuciones del STJ, remite a los arts. 155, inc. 6º, 176 y 178, CChu; y, por el inc. ‘q’, lo autoriza a “promover por acordadas y reglamentos la mejor organización y funcionamiento de la judicatura”; pero no resulta de allí, otra facultad que la de los arts. 176 y 178, con lo que las acordadas no pueden modificar una ley, como el CPrCC, de exclusiva competencia de la Legislatura. El art. 135, CChu, sobre las atribuciones de la Legislatura, establece:

“19. Dictar los códigos procesales y los de fondo en las materias en que esa facultad no haya sido delegada al Congreso Nacional”.

La CChu contiene tres supuestos de delegación, ninguno de los cuales refieren, de modo expreso, al Poder Judicial. El art. 15, CChu, de la mayor importancia en cuanto se externaliza una función propia, está sujeta a requisitos especiales. Dice el art. 15:

“delegación de atribuciones legislativas o jurisdiccionales en organismos supraprovinciales requiere la aprobación de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, sujeta tal aprobación a referendum popular posterior como condición de vigencia”.

El art. 138, CChu, refiere a la delegación en las comisiones internas. Y el art. 234, CChu, que refiere a servicios y que, en modo alguno, puede suponerse aplique a la actividad judicial, dice:

“El Estado Provincial puede acordar con los municipios la delegación de servicios públicos, garantizando los recursos necesarios a los fines de su prestación”.

El art.32, inc. 6º, de la ex ley 37 (Ley V N° 3, según el Digesto provincial) se refiere, en el proemio, a:

*“32.- El Superior Tribunal es competente para entender en los siguientes casos, con **arreglo al procedimiento establecido en las leyes procesales**:*

“Inc. 6º. Por apelación ordinaria de las sentencias definitivas que dicten las Cámaras de Apelaciones, en las causas en que la Provincia, las corporaciones municipales y/o entidades autárquicas o descentralizadas de

las mismas, sean parte directa o indirecta, cuando el valor disputado en último término sea superior a \$1”.

Desde que se refiere a la ‘apelación ordinaria’ de las sentencias de las cámaras, no tiene nada que ver con la facultad que se atribuye de modificar el modo de interposición de los recursos extraordinarios de casación e inconstitucionalidad, que son definidos como extraordinarios. Pero lo esencial es que somete al STJ ‘a lo establecido en las leyes procesales’; sometimiento es acatamiento, y no implica facultad para modificarlas, sino adecuación de la actividad a ellas.

El art. 33, inc. 15º, establecía:

“Ejercer toda otra atribución y función establecida en la presente y demás Leyes y promover por Acordadas y reglamentos el mejor funcionamiento del Poder Judicial”.

Es por demás obvio, que el mejor funcionamiento no puede significar atribuirse la función de legislar sobre el contenido del CPrCC de la Provincia, que pertenece a la facultad de la Legislatura, aunque pudo remitirle un proyecto de reforma. Otro tanto ha hecho, en fecha reciente, con la modificación del procedimiento ordinario, impuesto como obligatorio a las partes, con destierro del sistema dispositivo. Según esa novedad, se celebra una audiencia de conciliación en donde el juez puede imponer una solución que no satisfaga a ninguna de las partes; o, en su caso, ordenar la producción de la prueba ofrecida. No he encontrado en la CChu que acuerde ‘las mismas facultades’ a órganos distintos; aunque existen poderes concurrentes en algunas materias, como policía ambiental, de resorte provincial y municipal.

Para no abundar, es de utilidad citar el fallo de la CS en la causa “Video Club Dreams”, cuya categórica conclusión fue:

“El control de constitucionalidad constituye la primera y principal misión de la Corte” (CS, 06/06/1995, “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”, *Fallos* 318:1154).

“Uno de los objetivos de la Justicia Federal es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella” (CS, 14/04/1888, “La Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo s/ Expropiación e inconstitucionalidad”, *Fallos* 33:162, 194; conforme al art. 3º, Ley 27, sancionada el 13 de octubre de 1862, promulgada el 16/10/1862, y todavía vigente).

¿Cuán malo puede ser hoy “reducir al juez a la boca de la ley”? (Cons. 9º de “Casal”), cuando muchos pertenecen a una asociación de política partidaria, que tiene muy poco de republicana. El sistema de la Revolución francesa no

confiaba en los jueces que provenían del *ancien regime* y, por tanto, la interpretación de la ley debía requerirse al legislador. Si, como ha sostenido la CS y he citado antes, el principio de legalidad constituye un sistema de protección de los derechos y garantías individuales, no tengo dudas que la certeza en la letra de la ley favorece su adopción; aún, con buenas intenciones, los jueces se equivocan a menudo, con lo que la casación que postulo es la propuesta por Calamandrei de asegurar la vigencia del derecho objetivo; de paso, unificar la jurisprudencia, aunque haya detractores y adherentes a esta finalidad, pues se afectaría la independencia del juez. La convicción del juez no puede validarse a expensas de la ley precisa y clara, por más que aceptemos en el juez una sesuda interpretación creadora (Piero Calamandrei: “no hay norma que no permita cierta flexibilidad creativa del juzgador”). La CS permite cierto apartamiento de su doctrina, aplicable a casos idénticos, en función de nuevos y fundados argumentos, pues ha dicho que:

“Es inherente a la función constitucional propia de la Corte que, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, imponga a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar la doctrina constitucional plasmada en sus decisiones, al punto que a ninguna autoridad le esté permitido desconocerlas, en tanto con ello se contribuye a la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones” (CS, 28/10/2021, “Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ Infracción ley 24.769”, *Fallos* 344:3156).

En igual sentido, ha sostenido:

“Que, en efecto, aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (conf. doctrina de Fallos: 25:364; 311:1644 y 2004; 320:1660; 321:3201 y sus citas; 337:47)” (CS, 09/04/2019, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, *Fallos* 342:584, Cons. 16º; CS, 26/12/2019, “Farina”, *Fallos* 342:2344, Cons. 16º; CS, 24/05/2011, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pocoví, Osmar Miguel y otro c/ Brennan, Horacio Marcelo Santos y otros s/ ordinario”, *Fallos* 334:590).

Esa lealtad de los jueces inferiores a la doctrina de la CS fue tempranamente decidida por la CS, en la sentencia del Caso “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo” (CS, 14/04/1888, *Fallos* 33:162, 194), aplicable a similares

asuntos resueltos en sus precedentes; no a cualquier doctrina. Nuevos argumentos pueden validar otras soluciones. A modo de recordatorio, la CNCiv no ha podido convencer a la CS que, en los casos de seguro obligatorio, la previsión de la póliza que asegura la responsabilidad civil del responsable del hecho pueda oponerse al damnificado. Y, desde distintos puntos del país, se sigue insistiendo en la doctrina contraria a la que propicia la CS. Así, recientemente, el STJ de La Pampa, declaró la invalidez de la exclusión de la cobertura frente al tercero víctima del daño, causado con el automotor asegurado; era manejado por un menor de edad, carente de la autorización oficial para conducir (STJ, Santa Rosa, La Pampa, 16/05/2023, “L, F D y otro c/ C, K A y otros s/ ordinario”, eDial.com AAD855).

Por falta de prueba contundente de la ebriedad del conductor del rodado que ocasionó el daño, la CApel. Trelew, Sala A, revocó la sentencia de primera instancia que aceptó la exclusión de la cobertura (30/10/2018, “O. S., O. D. L. c/ A., J. P. y otros s/ daños y perjuicios”, eDial.com AAAEA4).

Pero, en otras materias, ha resuelto que:

“carecen de fundamentos las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” (CS, *Fallos* 307:1094; 307:1779 y causas “Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ queja”, del 25/08/1988 y “Suárez Pravaz, Alejandra y otro”, del 15/08/1989; no figura en la colección de *Fallos*).

Hay un antiguo fallo de la CS, que quiero explicitar para sostener que la CChu integra la Ley Suprema de la Nación:

“siendo la Constitución Federal ley suprema de la Nación a la que están obligadas a conformar sus actos las autoridades de cada Provincia, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones Provinciales, artículo treinta y uno, ellas son ejecutoras de la Constitución Nacional, y en ese carácter la pueden y deben interpretar y explicar cómo la entienden, quedando a salvo el recurso que contra sus decisiones establece el párrafo segundo, artículo catorce de la ley del catorce de setiembre [Ley 48], a fin de corregir la interpretación errónea de los Tribunales Provinciales, y de salvar la integridad del derecho nacional” (CS, 30/05/1871, “Banco de Londres y Río de la Plata del Rosario c. Casimiro Rivadeneira s. Recurso de queja”, *Fallos* 10:134, Cons. 4º).

Además, es un buen argumento para sostener que Chubut, cuya Constitución protege la vida desde la concepción, no debió aceptar la vigencia de la inicua Ley 27.610 que autorizó la interrupción voluntaria del embarazo que, obviamente,

colisiona con aquella garantía. Y que, además, viola la CN en varios aspectos; entre otras, las acciones positivas que impone al Congreso.

Ya he recordado aquí que la CChu se somete al Derecho, a los principios de la CN y a los instrumentos internacionales suscritos por la República, que el art. 10, declara que toda ley, ordenanza y disposición que viole las garantías establecidas en los instrumentos internacionales, serán nulas y no podrán ser aplicadas por los jueces y, el art. 22, hace responsables a quienes violen o instiguen la aplicación de esas disposiciones, donde la obediencia debida no excusará a los autores. Los arts. 9, 10 y 22, CChu, se convierten, por decisión del Pueblo de Chubut (1957, 1994), en valladar frente a los que atropellan sus instituciones; desde que, hasta ahora, no han tenido la eficacia para evitar sus desmanes, no queda otra alternativa que la amenaza penal (arts. 248, 269, 274, Código Penal de la Nación). Y, para mí, se merecerán la calificación constitucional de infames traidores a la Patria (art. 29, CN).

Desde que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (*Fallos* 312:2078; 321:1434; 326:4515 y 340:2021), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (*Fallos* 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286 y 338:488). Baste, para no hacer más amplio el derrape fuera del tema, confrontar la IVE con las acciones positivas que la CN impone al Congreso de proteger al niño:

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” (énfasis añadido).

Y, en nuestro Derecho vigente, se es niño “desde la concepción” (Convención sobre los derechos del niño; y art. 19, CCC).

“De modo concorde se ha subrayado que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia (Fallos: 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785; 329:1586; 333:866; 338:488 y 342:1376)” (CS,09/02/2023, “De Benedetti, Pablo Osvaldo c/ M. Justicia y DDHH”, *Fallos* 346:25, Cons. 6º).

La invocación del fallo dado en la causa “D’Anna”, de 1988, vigente ya la Convención ADH, no era ni es un buen antecedente para sostener el Acuerdo N° 3821 de 2009. Es menester relacionar lo que se dijo allí.

Me parece que es previo al análisis de ese fallo, recordar que de los arts. 292 y 295, CPrCC, resulta un doble ejercicio jurisdiccional sobre la admisibilidad formal del recurso pues, en el primero, es la cámara de apelaciones -tribunal

recurrido, el que dictó la sentencia-, quien debe hacer ese control, pero relativo a los requisitos formales exigidos para su interposición; o sea, si fue interpuesto dentro del plazo de diez (10) días, si se ha expresado el alcance de la impugnación, lo que se desea que se anule, si se acompañó la copia de la sentencia con la que se quiere confrontar (art. 291, inc. a), la constitución de domicilio ante el STJ y el acompañamiento de la boleta de depósito exigido en el art. 286. Se dice que, en adelante, no se podrá invocar otra causal de casación.

Hasta allí, la cámara no ha entrado a considerar el fondo de la cuestión introducida, ni tendría por qué hacerlo pues el artículo siguiente, 293, establece que examinará si se han cumplido “*todos los requisitos de carácter formal establecidos en los artículos precedentes*” (énfasis mío). Si faltare alguno, lo denegará por inadmisibile, mediante resolución fundada. Pero no es juez de la casación, sino sólo de las formas, lo que constituiría una demasía decisoria, que sólo podrá tener acogida en la vía de la queja, si es que el STJ la concede.

Aquí se produce por los jueces de cámara el primer abuso de autoridad, porque es de mala práctica que entren a considerar ‘la procedencia’ de la causal invocada, cuando lo que exige la ley es, solamente, ‘expresar’ el alcance del recurso y lo que se quiere anular. Esa cuestión, en orden a su procedencia sustancial -el fondo del asunto- no le compete a la cámara revisar; no obstante, es lo que acaece en la Cámara de Comodoro Rivadavia con inusitada frecuencia, y ha llevado a los colegas a denunciar al Consejo de la Magistratura la negativa a conceder las casaciones interpuestas, con muy escaso resultado. Y, la experiencia enseña, que cuando no hay sanción, hay abuso. Ese modo de proceder, permite a la cámara volver a pronunciarse sobre lo que fue objeto del recurso de apelación; es decir, ‘defender’ su propio fallo, lo que no es la voluntad de la ley. He tenido ocasión de plantear una revocatoria *in extremis* ante un error evidente, pero termino convencido de que los jueces prefieren mantenerse en el error antes que confesar que se han equivocado. Tal doctrina, como indicaré luego, proviene de la sentencia del STJ en la causa D’Anna, de 1988, ya vigente la Convención ADH.

Una primera conclusión que extraigo de la aplicación del Acuerdo 3821/09, es la incorrecta invocación que se hace en orden a facilitar la tarea de las cámaras, pues es muy sencillo determinar si se han cumplido los relacionados requisitos formales. Consigno que el control de ‘procedencia’ por las cámaras ha sido históricamente postulado por el STJ en sus distintas composiciones. Difícil es abandonar caminos conocidos, pero ello importa, lisa y llanamente, no hacerse cargo del cambio que se ha producido a partir de la vigencia de la Convención ADH. Es más cómodo para el STJ decir y hacer como se venía haciendo (léase de nuevo la finalidad del Acuerdo), con prescindencia de la Convención que es tanto como decir, actuar en contra de la Ley Suprema. Por ello, la Corte IDH insiste en la necesidad de abandonar las viejas normas y sus prácticas, por otras nuevas

normas y nuevas prácticas; carga que pesa sobre todos los órganos del Estado y, en especial, sobre los jueces.

El segundo control de admisibilidad, conforme al art. 295, lo realiza el STJ, que lo puede declarar mal concedido si entiende que falta alguno de los requisitos y, no obstante, la cámara lo ha concedido. Por lo tanto, devuelve sin más el expediente y, generalmente, con pérdida del depósito (art. 301). Insisto en advertir, que el control que el STJ ‘debe’ hacer, en los términos del art. 295, es:

*“al sólo efecto de determinar si ha sido interpuesto con arreglo a las disposiciones que rigen el plazo y **demás requisitos formales** previstos en los artículos anteriores para establecer si el recurso ha sido bien o mal concedido”* (énfasis mío).

Es decir, que el CPrCC de Chubut, prevé dos controles sobre la admisibilidad ‘formal’ del recurso de casación. Es doctrina corriente, relativa a la apelación, la que admite que, pese a que el recurso haya sido concedido por el juez de la primera instancia, la cámara es soberana y ‘dueña’ del recuso. Es habitual en Chubut que las cámaras declaren desierto el recurso con la mera declaración dogmática de su ausencia de fundamentación suficiente. Se ha planteado en doctrina que el doble control ‘formal’ de admisibilidad genera algunos cuestionamientos. Véase que, aunque no conste con ese nombre, el art. 295, admite un salto de instancia sin la existencia de un recurso de apelación que habilite al STJ a decidir; pero la ley lo ha previsto y habría -de *lege data*- que aceptarlo. Ahora, cuando el STJ, en su primer control de admisibilidad, lo declara procedente y llama ‘autos’ (art. 295, último párr.), la cuestión de la admisibilidad se convierte en cuestión de procedencia, pues, notificado personalmente o por cédula y firme, corre vista al Procurador General, y no habría razón, desde que ese dictamen no es vinculante, para que lo rechazara, como lo hace, precisamente, por razones formales, pero con aplicación al Acuerdo 3821. Y comete, así, otra frustración ritual del derecho

A esta cuestión alude el maestro Morello, sosteniendo que:

“superada la fase previa del contralor de admisibilidad -el examen preliminar del art. 283 (Cód. Proc. de la Pcia. de Buenos Aires)- éste se halla agotado y el llamamiento de autos -que es irrecurrible- impide luego volver al tiempo de dictarse la sentencia en el mérito, sobre un momento previo precluido. Lo contrario es originar en el justiciable una inexplicable incerteza y, respecto del propio Tribunal, incurrir en una incoherencia que no encuentra adecuada explicación. Los efectos preclusivos son también vinculatorios y oponibles a la Suprema Corte”.

Aunque De la Rúa, opinaba lo contrario.

En este aspecto, recuerdo un fallo de la CSJN, en que dijo:

“El proceso judicial no puede ser un "juego de sorpresas" que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas” (*Fallos* 331:2202).”

Y en otro fallo, de similar contenido, sostuvo:

“La contradicción de criterios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes” (CS, 05/03/1985, “Juan Sebastián Luna c. Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos* 307:146, Cons. 14°).

Observo que no resolveríamos el problema del apartamiento del STJ a las reglas de la Ley Suprema (CN, CADH, PIDCyP, CChu), si no ponemos en acto los frenos inhibitorios que evitan la aplicación de las sanciones penales, porque en cuanto a las disciplinarias, no tienen cabida en el STJ, a salvo el juicio político, de difícil tránsito, al menos por ahora. La derogación expresa del Acuerdo 3821/09 sería, apenas, un buen intento, que ya dejé interpuesto hace algunos años y suspendí a la espera de mejores tiempos. Pensando bien de los jueces, achaco a los cultores de las formas el berretín de hurgar en los pliegues minúsculos del proceso, lo que, desde hace mucho ya (70 largos años), viene descalificando la CSJN, como acaeció en el ya citado caso “Colalillo”.

Una de las preocupaciones, exacerbadas en las doctrinas procesales de los autores de la materia adjetiva, que campeaba por cierto y lo sigue haciendo, ahora sin necesidad y sin derecho, es la cuestión de la eficacia y suficiencia técnica del recurso. Así lo creo, una, porque la redacción de los textos examinados no lo exigen y, otra, porque rige la Convención ADH, como Ley Suprema, y su *corpus iuris*, donde tanto la letra como la doctrina cimera trasnacional, hablan del recurso fácil, sencillo y rápido. Al operar del modo contrario, sólo se consigue la frustración del derecho invocado por el casacionista, la consagración del error, de la violación de la ley y doctrina legal y, por cierto, de la ancestral esperanza de justicia. Todo ello se sacrifica en el altar de las formas pues, lo sencillo y fácil, es contrario a la especialización de la técnica. Aunque innecesario, yo no reniego de la necesidad de cierta suficiencia técnica, sino que tales y a menudos excesivas exigencias, dejan insatisfecho el efecto útil que debe satisfacer el recurso. Extraer del texto del art. 292, inc. ‘a’: “*Expresar el alcance de su impugnación y lo que desea que se anule*”, que refiere a una ‘suficiencia técnica’ que hace viable la concesión, es leer con preconceptos, con estereotipos procesalistas que no resultan de las palabras usadas; es mirar la norma con ojos críticos de exacerbado cientificismo que, si antes de la Convención ADH fue exigido y exigible, hoy y desde el depósito de la aprobación en la secretaría de la OEA y, con mayor razón,

desde la equiparación conferida en la CN de 1994, no lo es ni puede ser exigido. Basta el lenguaje común con el que los hombres de buena voluntad se entienden, con el toque jurídico de aplicación a la norma; y no más que eso.

Ya lo repite la Corte IDH: no basta con que el recurso exista; es necesario su tránsito fácil. La verdad jurídica objetiva y la justicia del caso, es la finalidad del Derecho; la que satisface el derecho humano a la sentencia justa. Eso, o se convertirá en eterna búsqueda la promesa del Preámbulo de la CN de ‘afianzar la justicia’.

Insisto, la llamada operatividad o suficiencia técnica NO ES un recaudo formal que la cámara debe atender pues, bien mirado, si lo hace, estará ‘opinando’, sin facultad para resolver sobre su propia sentencia. La casación tiene otro destinatario, el STJ, que es a quien compete la resolución de ‘mérito’, incluyendo las cuestiones constitucionales introducidas por las partes que, en ningún caso, pueden omitir, pues constituye su decisión al respecto la base del recurso extraordinario de la ley 48, ante la CSJN.

5. La sentencia de la causa “D’Anna”. Fallada por el STJ en 1988, continente de los fuertes criterios ‘procesalistas’ que hacían y, en particular desde allí, una especial exigencia en las cuestiones formales, tanto en la admisibilidad formal (los requisitos de interposición) cuanto en ese aspecto que hace a la procedencia de las causales invocadas. Se sostiene allí, erradamente a mi juicio, que la exigencia de la suficiencia técnica en el desarrollo de la ‘procedencia’ de las causales invocadas, constituía un requisito de ‘admisibilidad’ de la vía intentada. He allí el germen del mal.

En 1988, el criterio desenvuelto por la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, en contraposición a la doctrina del STJ en la sentencia de la causa “D’Anna”, era contrario, incluso, al postulado por Fernando De la Rúa, que sostenía que el recurso de casación era un acto procesal complejo, continente de dos elementos esenciales: i) la expresión de voluntad de impugnar; ii) la fundamentación de la impugnación (*El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, p. 214 y ss.). En ésta, está la exigencia de la ‘suficiencia técnica’ que, bien mirada la norma procesal, no resulta de palabra alguna que la imponga; insisto, sólo manda ‘expresar’ el defecto y lo que quiere que se anule. Pese a la enorme influencia del autor citado, la Cámara de Comodoro Rivadavia entendía que el control de admisibilidad se abastecía, de modo suficiente, con los supuestos formales del escrito recursivo, careciendo de la función de introducirse en los motivos casatorios propiamente dichos.

Para el STJ, la Cámara debió ocuparse, también, de las causales invocadas, toda vez que la redacción de la norma hace referencia al ‘alcance’ de la impugnación que se completa con los añadidos “*las disposiciones violadas*,

erróneas o falsamente aplicadas, manifestando cuál es la ley o la doctrina que ha debido aplicarse. Cada motivo se expresará separadamente". A mi juicio, entonces y ahora, el 'alcance' no es de competencia de la Cámara pues, la norma, no lo dice.

El STJ anuló la sentencia de la Cámara y mandó que dictara un nuevo fallo, en que debía contener el examen que había omitido hacer. Decisión un tanto extraña, pues el STJ podía -estaba autorizado- a llevar a cabo el control preliminar según su propio juicio. Pensando bien en la finalidad del Tribunal, tal vez quiso imponer a la Cámara la obligación de su precedente y, también, evitar declarar mal concedido el recurso en función de las falencias apuntadas; evitaría de ese modo, en solución halagüeña para mí, la frustración ritual del derecho; esto es, la pérdida del derecho a la defensa en juicio, como garantía del debido proceso legal. A la incidencia del 'germen' agregó el 'encarnecimiento' procesal, con lo que la evolución de la enfermedad siguió hasta nuestros días: la muerte anunciada de la casación del STJ de Chubut.

Lo que debía entenderse, entonces y ahora, por 'suficiencia técnica', no podía ni puede ser, otra cosa que la acción de expresar, con claridad, lo que la norma indica. Cualquier otra exigencia, implica un *plus* que excede el propósito de la norma, según lo ha dicho y he citado, la CSJN; por lo que ha de bastar con la relación de los hechos, la demostración del error en que incurre la cámara, la indicación de los preceptos violentados u omitidos y la expresión de lo que se pretende que se anule. Así resulta, entre otros, de la sentencia de la CS en la causa "Lajmadi" (CS, 02/03/2016, *Fallos* 339:194), que revoca el fallo por abuso de requisitos formales.

Es de interés este fallo del STJ de Catamarca, también, en tanto rechazó el recurso de casación porque el recurrente invocó como doctrina legal violada por la sentencia de cámara, la doctrina que, sobre el punto, había establecido la CSJN; el STJ sostuvo que la doctrina vigente era la que había emitido, sobre la cuestión, el propio Tribunal de Catamarca, con lo que el recurrente "pretendía la revisión de cuestiones de derecho común, ajenas a la instancia extraordinaria, sin que se hubiese demostrado la existencia de arbitrariedad o absurdo de la sentencia apelada" (Cons. 3º). La CSJN declaró procedente el recurso extraordinario, con aplicación de sus precedentes "Strada" (*Fallos* 308:490) y "Di Mascio" (*Fallos* 311:2478), en que precisó que las limitaciones de orden local no pueden ser invocadas por los máximos tribunales provinciales para rehusar el abordaje de las cuestiones federales sometidas a su conocimiento (*Fallos* 334:295, entre otros).

Hago constar que, en opinión de los integrantes del STJ de Chubut de entonces, presidido por el muy prestigioso letrado, doctor José Raúl Heredia, se entendía que en virtud de la llamada cláusula federal de la Convención ADH (art. 28), la aplicación de las garantías de la CADH exigía el dictado de una ley local,

en todas aquellas cuestiones en que la provincia había reservado facultades legislativas, como es el caso de las leyes procesales y la reglamentación de su administración de justicia (art. 5, CN).

Tal criterio, no obstante su fundamento, no es compartible a tenor de la doctrina de la Corte IDH en su jurisprudencia (el *corpus iuris*), aún con anterioridad a la equiparación que hizo el constituyente de 1994 de la CADH y otros instrumentos, a la CN, confiriéndole su misma supremacía (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). Y, aunque el articulado de la CChu, anterior a 1994, no hubiera adoptado las garantías de la CN y entronizado en el texto constitucional los instrumentos de derechos humanos celebrados por la República. Mi argumento en contrario y dirimente, no es otro que el art 27, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), vigente en Argentina desde enero de 1980, que prohíbe a los Estados (nacional y provinciales) invocar su derecho interno para incumplir las obligaciones asumidas en un tratado y, en especial, si es sobre derechos humanos. Y, muy especialmente, el art. 29, que dice:

“Ámbito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Si admitimos que es el EN quien suscribe los tratados, siguiendo un trámite de cierta complejidad, y las constituciones de provincias deben adecuarse a la CN (art. 31, CN), no puede ser otra la solución, pues al Gobierno federal la CN atribuye la competencia para celebrar los tratados con potencias extranjeras (art. 27, CN), que el Congreso debe aprobar (art. 75, inc. 22, primer párr., CN).

La solución está, también, en los dos primeros puntos que aborda el art. 28, CADH, llamado Cláusula federal. Esos puntos establecen:

“Cláusula Federal. 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”.

Si bien, puede admitirse con bastante relatividad, que el Estado nacional, no tiene la plenitud de la ‘jurisdicción legislativa’ sobre la administración de justicia local, la ejerce como imposición del art. 5, CN, y de la posibilidad que la ley 27, art. 3, y ley 48, arts. 14 y 15, habilitan la intervención de la CSJN, a través del recurso extraordinario federal (art. 116, CN y art. 257, CPrCC de la Nación). Y, en tal sentido, la CS, en el citado caso “Lajmadi”, sostuvo, como presupuesto:

“el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país -incluidos obviamente los superiores de provincia- para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional (art. 31). El

fundamento último de esta atribución se halla precisamente en la obligación de las provincias de asegurar su administración de justicia (art. 5°), objetivo que reclama con carácter de necesidad que sus jueces no estén cegados al principio de supremacía constitucional para que dicha administración de justicia sea plena y cabalmente eficaz (Fallos: 308:490, considerando 9° y 310:324)” (Cons.7°).

Pero, además, la omisión o inexistencia de una determinada regulación, que da origen a la violación de un derecho garantizado por la CN, también genera responsabilidad del Estado, cuestión que resolvió tempranamente la CSJN en la causa “Ekmekdjian c. Sofovich” (CS, 07/07/1992, Fallos 315:1492), que le permitió reconocer el derecho de rectificación o respuesta (art. 14, CADH), pese a la inexistencia de una norma interna (“Con la respuesta se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental, a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad”. “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”). En la actualidad, el art. 3, Ley de Responsabilidad del Estado (LRE), la impone en los siguientes términos:

“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;*
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.*

El inc. ‘d’, marca, a mi honrado juicio, que la omisión de no haber dispuesto la Legislatura de Chubut, antes de la reforma constitucional de 1994, la aplicabilidad de la Convención ADH, demuestra, en ese *posterius* legislativo (Ley 26.944), la consolidación de una postura que ya se evidenciaba en la doctrina de la Corte IDH. En este sentido, debo recordar la disidencia del juez Cançado Trindade, en la sentencia del caso “El Amparo c. Venezuela” (Sent. de 14/09/1996, párr. 9). Dijo allí que:

“Una ley puede per se configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aun en la ausencia de una medida de aplicación”.

El fallo de la CSJN en “Ekmekdjian c. Sofovich”, tuvo, además, la particularidad de hacer evidente la supremacía del tratado internacional “sobre cualquier norma” del derecho interno (Cons. 17º), lo que resulta de la aplicación del art. 27, CVDT; de todos modos, tanto la ley, adecuada a la CN, como los tratados, constituyen, ambos, la Ley Suprema (art. 31, CN). En el Cons. 16º, la CSJN dijo:

“la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”.

Y es de toda obviedad, como ya he destacado, que las propias disposiciones del Poder Judicial (sentencias y actos administrativos), comprometen la responsabilidad del Estado, en tanto violentan obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado. Y es muy claro para mí que, a partir de la reforma de la CChu en 1994, la tal ley local era y es, absolutamente innecesaria, desde que no puede negarse el carácter directamente operativo que resulta del art.10, CChu, y de la sanción que establece el art. 22. Era, también, una decisión similar a la adoptada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, como lo cita Susana Albanese (en *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 875).

Encuentro que mi opinión es ratificada, también, en el trabajo de Patricio Marcelo E. Sammartino (“Responsabilidad del Estado: Características generales del sistema legal vigente”, en *El control de la actividad estatal. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*, Enrique M. Alonso Regueira (dir.), ed. Asociación del docente, UBA, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2016, p. 549), en que sostiene sobre la falta de servicio en la responsabilidad del Estado por omisión:

“Es necesario que la actuación estatal que se le imputa al órgano no haber realizado sea de observancia obligatoria (y posible, jurídica y materialmente) por estar prescrita en un precepto normativo válido (juridicidad) que concierne al ámbito de incumbencias funcionales del órgano en razón de la materia, territorio, tiempo y el grado (competencia).

En ese entendimiento el artículo 3, inciso d) LRE, prevé que la falta de servicio por omisión se configura “*cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*”.

Si se lee con atención el texto del art. 10, CChu, no se pondrá en duda mi aserto. Su texto dice:

“*Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que*

la misma permite o prive de las garantías que ello asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces”.

Doctrinariamente, pueden fijarse como requisitos que abren el juicio de responsabilidad por omisión legislativa ilícita, los siguientes: i) Precisar e identificar una abstención respecto de un mandato jurídicamente válido (podría ejemplificar aquí, válidamente, con la omisión de las acciones positivas que la CN impone al Congreso, art. 75, inc. 23); ii) Que el mandato incumplido implique un juicio de antijuridicidad material, basándose en la ley y en el ordenamiento jurídico considerado en su integridad; y iii) Precisar la medida en que el ordenamiento juzga que debe ser cumplido (la nulidad insanable que el art. 10, CChu, impone a toda decisión que altere o viole los derechos garantizados en los instrumentos internacionales de derechos humanos).

Debo recordar que, la vía transnacional con posibilidad de arribar a los estrados de la Corte IDH, es el ‘agotamiento de los recursos internos’ por parte del peticionario, víctima o sus representantes. El art. 46, punto 1, CADH, establece:

“a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición”.

El punto 2, del antes citado art. 28, CADH, establece:

“Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

Como cité antes, las constituciones provinciales deben mantener el diseño político institucional de la CN y es corriente que adhieran o hagan suyas las garantías de la CN, y declaren la vigencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, celebrados por la Nación. De todos modos, el art. 31, CN, impone a las provincias el respeto de la CN, de los instrumentos equiparados a ella, de otros tratados con potencias extranjeras, cualesquiera fueran las leyes o

disposiciones en contrario que existieran o contuvieran las constituciones de provincia. En este sentido, el Cons. 20º de “Ekmekdján” es suficientemente ilustrativo:

“debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”.

Desde que la Constitución Nacional (o, provincial en el caso) es Derecho público, la norma de que se trate es de orden público y, por tanto, de aplicación inmediata. Cuando el art. 10, CChu, establece que toda disposición contraria a las garantías de los instrumentos de derechos humanos es nula, no hace falta una ley de la Legislatura que lo declare; es operativa, la disposición es nula y no puede ser aplicada por los jueces. Aquí hay una doble imposición pues, además de nula, lo que impide su vigencia, ‘no puede’ ser aplicada por los jueces. Y, agrego, una tercera, porque el art. 22, CChu, que remite a los instrumentos celebrados por la República, además de hacer innecesaria la ley según el argumento del STJ de 1988, impone responsabilidad al:

“funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omite tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación”.

Desde otra visión del problema, como la CADH impone a los Estados la adecuación de su derecho interno a las garantías de la Convención (art. 2), y la Corte IDH declara, en su *corpus iuris*, que tal deber pesa sobre todos los órganos del Estado y sobre todos los jueces de todos los fueros y de todas instancias, y a través de dos vías: i) la derogación de las normas contrarias y la adopción de nuevas normas y, ii) el abandono de las prácticas contrarias y la generación de nuevas prácticas. Este criterio, sostenido en varios fallos de la Corte IDH, también lo impone en la Opinión Consultiva OC-14/94 del 09/12/1994, Serie A, N° 14, párr. 35 (cumplimiento de buena fe, art. 26, CVDT) y en la Opinión Consultiva OC 18/2003 (supresión de normas y prácticas, párrs. 78 y 167). Antes, la Corte IH, había resuelto en su Opinión Consultiva OC N° 7/86, párr. 24, en que insistió que las convenciones encaminadas a reconocer derechos y garantías, no ‘facultan’ al Estado a desconocerlas.

En la primera sentencia dictada por la Corte IDH (Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”, Excepciones Preliminares, Sent. N° 1, de 26/06/1987),

frente a varias excepciones opuestas por Honduras (destaco aquí la previa declaración de admisibilidad por parte de la Comisión IDH, y el no agotamiento de los recursos internos), la Corte IDH, en el párr. 30, siguiendo precedentes de la Corte de La Haya, dijo que:

“La Corte entiende que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que "la Corte pueda conocer de cualquier caso" (art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional”.

Ello no le ha de impedir determinar que el Estado demandado no haya tenido ocasión efectiva de ejercer su derecho de defensa en juicio.

Respecto de la primera excepción, sostuvo la Corte IDH que la Comisión no tenía la obligación, según la propia Convención y el Reglamento entonces vigente de la Comisión, de efectuar una declaración expresa de admisibilidad. Y dejó, expresamente en claro, (párr. 40), que para declarar la inadmisibilidad de la denuncia sí se requiere una manifestación expresa de la Comisión. En la actualidad, es de práctica que lo haga y, ello, le da base para requerir del Estado denunciado las explicitaciones que estime conducentes. Al someter el caso a la Corte IDH, la Comisión invocó los arts. 50 y 51, CADH, y requirió a la Corte que se pronunciara sobre la violación de Honduras del derecho a la vida de la víctima y privación ilegítima de su libertad, pues su detención fue vista por varios testigos y no se lo encontró con vida en adelante.

En cuanto a las reservas, la Corte IDH sostuvo que integran el tratado, pues éste no se puede interpretar sin interpretar la reserva misma (Corte IDH, “Radilla Pacheco c. México”, Sent. N° 209, párr. 303; y OC N° 3/83, párr. 62). Cuando se trata de reservas interpretativas, como acaece con la CDN, al aprobarse en nuestro medio, la República se obliga a responder de las violaciones causadas a los niños, en orden a la conculcación de lo que se comprometió a interpretar lo que se entiende por ‘niño’. Como la Convención de Viena DT, no impone limitaciones a las reservas, sostengo sin hesitar, que será niño, todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años. Y, el art. 19, CCC, lo ratifica.

Las previsiones de los arts. 48 a 50, presuponen la consecución de un consenso (obrar de buena fe) tendiente a determinar los hechos, reconocer la responsabilidad del Estado si los denunciados son ciertos y acordar el modo de solucionar los daños ocasionados. El art. 50, prevé el dictado de un informe en que constará lo actuado, la posición del Estado, las comprobaciones efectuadas e, incluso, la proposición de soluciones por parte de la Comisión. De no ser atendido por el Estado, la Comisión dicta el informe del art. 51 (similar o idéntico al del art.

50), que somete al Estado a su cumplimiento y, en caso negativo, habilita la presentación de la Comisión ante la Corte, donde vuelven a plantearse las posturas y defensas del Estado, de la Comisión y de los representantes del peticionario. Éste, requiere de la Comisión la presentación formal de la demanda (vía contenciosa), pues carece, por determinación del art. 61.1 de la posibilidad de ir directamente a los estrados de la Corte, como acaece ahora en el sistema del Convenio EDH, ante la Corte de Estrasburgo.

Es cierto que la equiparación de la CADH y otros instrumentos de derechos humanos a la supremacía de la CN (arts. 31 y 75, inc.22) y su adhesión expresa por la CChu (según texto de 1994), facilita las cosas y la interpretación constitucional, pues, a todo evento, el Estado nacional ‘garantiza’ el reconocimiento y respeto de los derechos y garantías reconocidos en la Convención (art. 1.1), de modo que ‘asume’ la responsabilidad por los hechos dañosos derivados de la violación de derechos humanos por parte de autoridades de provincias. Mantengo la vigencia de este aserto que permite que todo acto, judicial o administrativo, que afecte derechos esenciales, es nulo, carece de efectos jurídicos y, es más, constituye un ilícito internacional del que deberá responder el Estado, en un todo de conformidad a las disposiciones aprobadas por la ONU, a propuesta de la Comisión de Derecho Internacional (53ª reunión). Pero atrapa también actos de particulares, en la medida en que se pueda demostrar que, el hecho cometido, reconoce una omisión de contralor por parte del Estado; tal acaece, como ejemplo, con las malas prácticas médicas. Se estableció allí la siguiente regulación, que reduzco a la previsión de los arts. 4 y 12 de ese Reglamento: El art. 4, dispone:

*“Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que **órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado**”* (énfasis mío).

En lo que aquí interesa destacar, el art. 12 aprobado, dice:

*“Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado **no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación**, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”* (énfasis añadido).

Reitero, como argumento dirimente que permite afirmar que no se requiere el dictado de una ley especial, que disponga la vigencia de la Convención (y otros instrumentos), sus derechos, libertades y garantías, en el territorio de una

provincia, la clara disposición contenida en el art. 29, CVDT, vigente y obligatoria para Argentina desde el 27 de enero de 1980 cuyo texto he transcripto antes.

El art. 46, CVDT, dispone, que:

“Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

No me parece que el reconocimiento a las provincias sobre su competencia en orden a prever lo conducente a la educación primaria, la administración de justicia y el régimen municipal, sea determinante para reconocer la vigencia, en la provincia, de los tratados celebrados por la Nación, mediante el dictado de una ley especial, pues ello quitaría contenido al art. 31, CN, que hace exigible y vigente en las provincias, la CN, los tratados y leyes consecuentes, a *“las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, **no obstante cualquiera disposición en contrario** que contengan las leyes o constituciones provinciales,..”*; así como las normas citadas de la CVDT. Es decir, la Ley Suprema de la República, será obligatoria en las provincias, **aunque** existiera una disposición expresa contraria; y, con mayor razón, cuando tal disposición no exista. Y, por cierto, si existe una favorable a la vigencia de tales instrumentos, como los arts. 10 y 22, CChu.

Tampoco debe olvidarse que algunas leyes sustantivas, de competencia del Congreso Nacional, contienen normas procesales que facilitan la aplicación de las instituciones allí regladas. El CCCN contiene, también, normas de carácter procesal sin que, con ello, se considere violentada la competencia provincial.

Otra cosa distinta debe ocurrir cuando la Constitución provincial, establezca un derecho o garantía que una norma nacional conculca. Tal ocurre con la inicua ley 27.610 (IVE) que, además de violar la Convención sobre los derechos del niño, la Convención ADH, y el art. 19, CCC, viola una expresa disposición de la constitución local (art. 18.1, CChu): Reconoce de modo especial el derecho:

“1. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad”. (En igual sentido e idéntico texto, art. 4,

CCórdoba; donde he planteado dos *amicus curiae* ante la CSJN, en defensa de la vida concebida).

Puede perdonarse a la sentencia de la causa “D’Anna”, haber seguido la doctrina de los procesalistas, frente a las sencillas normas de los arts. 290 y 292, CPrCC, por la gran influencia que ejercían en la interpretación de las leyes procesales, pese al esfuerzo de la CSJN, en denostarlas cuando esa interpretación y aplicación las convertía en preeminentes (entre muchas, el caso “Colalillo”, 1950 y las antes citadas) incluso, sobre la verdad jurídica objetiva y el mismísimo Derecho sustantivo. Desde que ha sido notorio el desconocimiento de las garantías de la Convención, es imperdonable que los óbices formales del STJ, asidos a sus ‘dogmatismos’, se mantenga todavía. A 39 años de vigencia de la Convención ADH, y a 29 años de la equiparación a la supremacía de la CN, no sólo es imperdonable, sino claramente susceptible de imputación penal, toda vez que implica adoptar decisiones contrarias a la CN, a la CChu y a las normas escritas, claras y sencillas del CPrCC, como las del CPrP. Esa violación es, además, la frustración del derecho humano a la decisión justa, una de las mayores aspiraciones del ser humano, así como el incumplimiento de los fines que se declararon en el ominoso Acuerdo 3821/09, con 15 años de vigencia de la CN de 1994. Por tanto, el Acuerdo 3821/09, es nulo, de nulidad insanable y su mantenimiento hace aplicable las normas penales, antes relacionadas (arts. 248, 269, 272, Código Penal de la Nación), de las que haré una breve referencia en adelante.

Creo que la sentencia del caso D’Anna, produjo, en tiempos de vigencia de la Convención ADH, una grave distorsión en orden a la finalidad de la casación, al imponer una desmesurada calidad de extraordinario, cuando, en rigor, obedece, en la doctrina de la Corte IDH, a satisfacer el derecho humano a la decisión justa. Esta expresión, apunta, conviene remarcarlo, a verificar la adecuación de la sentencia a la pretensión, a los hechos en que se funda, a la prueba que los sostiene y, por fin, si la sentencia adecua al Derecho vigente. Simplemente, lo que dicen los arts. 1 y 2 del CCC: aplicar la ley “*que corresponde al caso*”. Insisto en remarcar que, derechos, garantías y libertades, son exclusiva competencia de la ley; el principio de legalidad es, así, de cumplimiento inexorable (art.19,CN). Y las normas procesales deben apuntalarlo, por la necesidad de satisfacer el cumplimiento del Derecho sustantivo; del Derecho vigente, en la medida de su adecuación a la Ley Suprema de la Nación, tal como la concibo. De allí que la interpretación de las normas procesales, deben ajustarse a la clara letra de las normas respectivas, leídas, valoradas, aprehendidas y aplicadas, con la visión de la doctrina cimera de la Convención ADH y el *corpus iuris* de la Corte IDH. Obsérvese, que desde la sentencia en D’Anna, y el excesivo formalismo del Acuerdo N° 3821/09, lo que termina despreciando el STJ es, precisamente, el Derecho sustantivo; o sea, el fundamento esencial de la Justicia conforme a la Ley.

Es, ni más ni menos, que la frustración, por vía de interpretación procesal, del Derecho vigente.

Entiéndaseme: no postulo una inorgánica aplicación de formas procesales, fuera de todo orden del procedimiento, en donde cada quien haga lo que crea convenirle y el juez aporte subjetivismo, que genera perplejidad (las trampas procesales a que alude la CSJN en algunos de sus fallos). Las formas procesales deben servir, como ha dicho tantas veces la CSJN, a asegurar la verdad jurídica objetiva, que no es otra cosa que la vigencia del Derecho sustantivo y la realización de la Justicia según la ley, con ajuste a la verdad de los sucesos que son llevados al estrado judicial para que un juez, competente e imparcial, los declare como tal y les aplique el Derecho vigente; el que “*corresponde al caso*”. Y creo que fue el pensamiento del legislador constitucional cuando en el Preámbulo de la CN, proponía ‘afianzar la Justicia’. Y se afianza con el Derecho sustantivo, con la sana y racional regulación de las conductas humanas. Recuérdese que, en 1853, regían el Derecho Romano, las Siete Partidas y el resto del Derecho español, y muy pocas disposiciones de Derecho Patrio. El CC de Vélez Sarsfield empezó a regir el 1 de enero de 1871 (18 años después de la CN); el Código de Comercio de Vélez y Acevedo, para la provincia de Buenos en 1859, y en 1889 para la Nación. El imperio de las formas, fuera de su necesidad esencial, tiende, necesariamente, a negar el Derecho y la Justicia según la ley. La regulación procesal no debe sobrepasar la mínima necesidad de ordenar, racional, lógica y útilmente, el proceso. Y, por ello, es que descreo que la sentencia del caso D’Anna, satisficiera la finalidad casatoria de unificar la jurisprudencia “en pos del mejoramiento del servicio de justicia”, como apuntaba Calamandrei en su *La Casación civil*; finalidad de pura esperanza y de realización incierta, cuando se da al recurso una tramitación de muy difícil tránsito y más oscuro pronóstico. Mejor, dificultada y frustrada con el Acuerdo N° 3821/09.

Para quienes me reprochen que le doy más importancia a la Convención ADH y a otros instrumentos de derechos humanos, les recuerdo -y aconsejo leer- el texto de los arts. 1 y 2, del CCC. El primero se refiere a la aplicación de la ley y, el segundo, a la interpretación. El art. 1, CCC, establece:

“Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Es decir, que la ley aplicable al caso será la que, de modo específico, haya sido dictada para regir la materia, en tanto sea ‘conforme’ con la CN y los tratados

de derechos humanos. Ello significa, en primera aproximación, que no toda ley es obligatoria si está en contradicción con la CN o con los tratados celebrados por la República; tampoco será aplicable cuando, por acuerdo de partes, se seleccione para resolver una determinada cuestión que no esté sometida a una norma ‘indisponible’ (arts. 962, 963 y 964, CCC). También el CCC reconoce que hay derechos que tienen carácter de ‘indisponibles’ (art. 1743, CCC), como los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56, CCC). Por cierto, que la ley no admite los actos contrarios a la ley, a las buenas costumbres, al orden público, a la moral pública, o que afecten derechos de terceros o a la dignidad de las personas; cuando se trata de la celebración de contratos, véase, a modo de ejemplo, los requisitos del acto jurídico (arts. 259 y 279, CCC).

Como la corrección prevista por la ley no puede lograrse sin intervención del órgano encargado de hacer cumplir la ley, generalmente un juez o un tribunal de justicia, el debido proceso legal (defensa en juicio) se convierte en el arma, herramienta, esencial para el logro de que las conductas se ajusten a la ley vigente, donde la jurisprudencia constituye un elemento valioso para lograr la seguridad jurídica, la justicia del caso. Por eso es que la CSJN reclama el respeto de su propia jurisprudencia a los órganos inferiores de la administración de justicia. A ese fin, empieza por manifestar una obligación de ajustar sus decisiones a sus precedentes. Lo dijo así en la causa “Bertuzzi” (que ya he citado), donde se auto impone no modificar sin justificación su jurisprudencia, porque está allí el contenido del derecho vigente y, así, “no recibir recriminaciones jurídicas” (CS, 03/11/2020, “Bertuzzi”, *Fallos* 343: 1540, Cons. 36°).

La última palabra sobre la legitimidad de las sentencias, en el orden interno, lo tiene la CSJN; de allí se sigue la necesidad de que el recurso de casación -como el de inconstitucionalidad- sea de fácil acceso para que la solución ajustada a derecho se obtenga en sede local, con intervención del STJ. Intervención indispensable para llegar a los estrados de la Corte, tal como ha afirmado, repetidamente, en sentencias de las causas “Strada” (*Fallos* 308:490), “Di Mascio” (*Fallos* 311:2478), “Lajmadi” (*Fallos* 319:194), entre muchos otros.

Otra de las cuestiones derivadas de la causa D’Anna, aunque concretamente dispuesta en un supuesto posterior, en que la Cámara de Comodoro Rivadavia admitió el recurso de casación, interpuesto en dos escritos separados, con cuatro días de diferencia y, el segundo, con el título de “Amplía Recurso de Casación”, la decisión de la Cámara fue declarada nula por el STJ, afirmando, además, siguiendo la opinión de De la Rúa, de la unidad del escrito como acto procesal único. Comparto la idea de que el recurso debe interponerse en un solo escrito y en la cantidad de hojas que el recurrente necesite para satisfacer las exigencias de ‘suficiencia técnica’, caballito de batalla utilizado para rechazar el recurso, pero ligado, a partir de la vigencia del Acuerdo 23821/09, a los ‘defectos formales’,

según el entendimiento del STJ de sus propias exigencias, que, insisto, no resultan de las normas ‘legales’ (CPrCC del Chubut).

La cuestión tiene una particularidad en el sistema procesal de Chubut, porque el art. 296, CPrCC, prevé la presentación de un memorial, tanto sobre el propio recurso como sobre el de la contraria. El texto es el siguiente (primer párrafo):

“MEMORIAL. AUTOS PARA SENTENCIA.- Dentro del término de DIEZ (10) días contados desde la notificación de la providencia de "autos", cada parte podrá presentar un memorial relativo a su recurso o al interpuesto por la contraria. Vencido dicho plazo el Presidente del Superior Tribunal de Justicia correrá vista por DIEZ (10) días al Procurador General”.

Con ello se podría mejorar la suficiencia técnica del recurso y, también, opinar críticamente sobre la presentación de la parte contraria. Lo que no podría hacerse es agregar ‘nuevos motivos’ de casación, según el art. 292, inc. ‘b’, aunque está contenida esta prohibición en el inciso referido a la causal de sentencia contradictoria, del art. 291, inc. ‘a’, CPrCC.

Recordemos que los instrumentos internacionales están, también atados a la interpretación de la ley, acto previo que integra, necesariamente, el silogismo judicial; la llamada subsunción. El texto del art. 2, CCC, establece:

“Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Con riesgo de repetirme, a veces necesario, debe entronizarse en cabeza de los jueces, que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ‘son’ la ley suprema de la Nación y que, la obligación de adecuar el Derecho interno, es una obligación jurídica; su omisión genera responsabilidad internacional del Estado. Pesa sobre todos los órganos del Estado, especialmente sobre los jueces.

Llegados a este punto, es menester repasar la consolidación de la ‘casación argentina’, a partir de la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH, desde las sentencias de los Casos “Barreto Leiva” y otros, cuestión que relaciono luego.

6. El recurso de queja. El recurso de queja o, de hecho, está previsto en el CPrCC de Chubut, tanto para el caso de desestimación del de apelación, por un juez de primera instancia, cuanto, para la improcedencia de la casación, decidida por la cámara de apelaciones contra su sentencia. Respecto del primero, el art.283 prevé que sea interpuesto ante la cámara respectiva, dentro de los cinco (5) días, acompañado de las copias indicadas en el art. 284; la cámara decide sobre la incorporación de otras copias y, sin sustanciación, resuelve sobre su procedencia;

si entiende que fue mal denegado, ordena su tramitación; la interposición de la queja no suspende el trámite del proceso.

El recurso de queja contra la sentencia que deniega la casación está regulado en el art. 286, que dispone:

“QUEJA POR DENEGACION DE RECURSOS ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.- Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante el Superior Tribunal de Justicia, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del artículo 283.

El Superior Tribunal de Justicia podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente.

Mientras el Superior Tribunal de Justicia no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso”.

Pese a la sencillez del trámite, que debe acompañarse con el pago de la gabela pertinente (art. 287, que admite exenciones), el Acuerdo Plenario 3821/09 le agregó otros requisitos que, por cierto, dificultan su interposición y hacen impredecible su resultado, desde que, el Acuerdo, establece ‘Reglas’ que modifican la sencillez del trámite previsto en la ley procesal, y consisten en las siguientes:

“4º) El recurso de queja por denegación de los recursos extraordinarios locales de casación e inconstitucionalidad deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a diez (10) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12).

5º) Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los datos previstos en el Artículo 2º, incisos a, b, c, d y e y, además:

f) la mención del Tribunal que dictó la resolución denegatoria del o los recursos extraordinarios locales, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; g) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; h) la aclaración de si se ha hecho uso de la ampliación del plazo prevista en el art. 299 primer párrafo en concordancia con el art. 158 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia; i) la demostración de que el recurrente efectuó el depósito previsto en el art. 284 del C.P.C.C.; o de estar exento de efectuarlo, debiendo encuadrar el supuesto entre los que establece el art. 17 de la Ley de Tasa de Justicia N° 1.806 y sus modificatorias Nros. 4438, 4517 y 5451; o en otras disposiciones legales provinciales que así lo establezcan.

6°) *En las páginas siguientes el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria.*

El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en los recursos extraordinarios denegados.

7°) *El escrito de interposición de la queja deberá estar acompañado por copias simples, claramente legibles, y certificadas por el letrado recurrente de: la sentencia recurrida mediante el o los recursos extraordinarios locales; y la de primera instancia cuando hubiere sido revocada, del escrito de interposición del recurso, y del auto que lo deniegue o declare desierto (art. 299 inciso “a” del C.P.C.C.)”.*

Ya el art. 4°, allí pergeñado, en contraposición con el 6°, anticipa la necesidad de que, en las diez (10) páginas aceptadas, se refuten, en forma concreta y razonada, **todos y cada uno** de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria. Según pienso, bastaría con que se exponga uno solo de los fundamentos errados, equivocados y violatorios de la ley o doctrina legal, para que la casación sea procedente. Además, del gran poder de síntesis del que debe hacer gala el abogado, para concretar ‘en forma razonada’, **todos** los fundamentos de la resolución. De estos abusos formales se nutre la jurisprudencia del STJ del Chubut, impidiendo que sea posible el acceso al servicio de justicia; ese que prometía el presidente de la CSJN en su discurso de apertura del período judicial de 2014: ‘acercar’ la justicia a la gente.

Esta reglamentación, violatoria de la competencia que la CChu atribuye a la Legislatura, y al principio del art. 28, CN, merece todos los reproches que efectúo en este trabajo y es otra muestra de la violación normativa que aquí denuncio.

7. La adecuación del Derecho interno. Influencia del *corpus iuris* de la Corte IDH. Confieso que este tema fue el fundamento principal de mi discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, en 2014.

Distintos Comités de derechos humanos, nacidos de las Convenciones respectivas (del PIDCyP, de la CDESyC, de la CVyDM), postulan que, desde su entrada en vigor, los Estados quedan bajo la obligación internacional inmediata de respetar y de asegurar los derechos, garantías y libertades que resultan de las normas pertinentes pues, debe tenerse muy presente que, conforme lo ha sostenido la Corte IDH en su OC (Opinión Consultiva) 7/1986, párr. 24, “las convenciones están dirigidas a reconocer derechos y libertades y no a facultar a los Estados para hacerlo”. En similar sentido se pronunció la CSJN en el ya recordado caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (CS, 07/07/1992, *Fallos* 315:1492, 1529, Cons. 16°).

Ha de tenerse en cuenta que, en algunas situaciones, la ‘incorporación’ de los derechos y garantías reconocidos en una convención, requiere de procedimientos especiales, como acaeció en el Caso “Olmedo Bustos y otros (‘La última tentación de Cristo’) c. Chile”, donde la Constitución del país trasandino tenía incorporado en su articulado, el derecho del Estado a la censura previa en expresiones cinematográficas, lo que dificultó la exhibición de la película de Martín Scorsese, que dio nombre al Caso llevado a la Corte IDH. Chile aceptó la modificación de su constitución, dando satisfacción al procedimiento constitucional, con intervención de la Cámara de Diputados.

En su voto en disidencia, los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, dijeron que:

“La Corte, como poder del Estado, en su rol de supremo custodio de los derechos individuales, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre derechos humanos” (CS, “Ekmekdján”, *Fallos* 315:1531, Cons. 18°).

La disidencia del Dr. Ricardo Levene, fue terminante en orden a la obligación de los jueces de imponer la solución de las normas convencionales aplicables al caso:

“No puede la acción u omisión de los restantes órganos del Estado impedir que el judicial cumpla con el mandato impuesto por la propia Constitución, pues los jueces, como realizadores de la justicia, poseen a su alcance las prerrogativas y facultades necesarias para que la totalidad del ordenamiento jurídico vigente sea de efectiva realización evitando la existencia nominal de derechos impedidos de concreción”.

Ello constituyó un cambio copernicano en relación a la doctrina precedente, expuesta por la CSJN en las sentencias de las causas “Costa” (CS, 1987, *Fallos* 310:508), “Emekdján c. Neustadt” (CS, *Fallos* 311:2497), “Sánchez Abelenda” (CS, 1998, *Fallos* 311:2553), en que expresamente se dijo que la falta de reglamentación legal, impedía que el derecho a la rectificación o respuesta fuera considerado como derecho positivo interno.

En 1988, año de la sentencia en la causa D’Anna, estaba todavía ‘fresca’ la Convención ADH (de 1969), pero obligatoria en la República desde 1984. Pero en el año 2009, habían transcurrido 25 años de vigencia y las antes citadas (y otras) sentencias de las CSJN, obligatorias para los jueces de las instancias inferiores, como para justificar el cercenamiento del recurso de casación y de inconstitucionalidad, con el ominoso e inconstitucional Acuerdo N° 3821/09. Como tal pertinaz e improcedente conducta permanece inalterada, no queda otra alternativa, además de no nombrar jueces que desconocen el Derecho y, en

particular, los derechos humanos, aplicarles las sanciones penales. Cuando éramos niños se decía que “la letra con sangre entra”; pero no me quita la vergüenza ajena, que la Corte IDH haya mandado al Estado, en la sentencia del Caso “Mendoza c. Argentina”, a que sus jueces penales y empleados penitenciarios estudien derechos humanos (Sent. N° 260, de 14 de mayo de 2013). Otros diez (10) años han transcurrido y nuestro STJ de Chubut sigue ignorando la vigencia de la Convención ADH, ‘componente’, integrante, de la Ley Suprema de la Nación. Con el agravante, que mi recusación al entonces presidente del Cuerpo, por violar de modo permanente sus disposiciones, en su descargo, sostuvo que lo había afectado en su honor, aunque se excusaba por “motivos de delicadeza y decoro” (y así pasa la gloria en el mundo).

Es importante el dato que me aporta el doctor Rolando E. Gialdino, a quien conocí como Secretario de la CSJN. En su libro *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, Reimpresión de la 1ª ed., que tiene un Prólogo de quien fuera miembro y Presidente de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, de quien no oculto mi admiración, entre otras cosas, por la fuerza expansiva que predica de los derechos humanos), relata la posición de los EEUU de Norte América, que, en los trabajos preparatorios del PIDCyP, mocionó insertar en el art. 2, inc. 2, una frase señalando que las disposiciones del Pacto no serían en sí mismas efectivas en el derecho interno, lo que fue terminantemente rechazada por 9 votos contra 1 y 4 abstenciones (op. cit., p. 328). No en vano, hasta la fecha, Estados Unidos de América nunca aprobó la Convención ADH, pero, como ha sostenido la Corte IDH, lo obliga la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, por el solo hecho de ser miembro de la OEA. Aunque la Declaración no es una convención, tiene una enorme fuerza moral y, según creo, también jurídica.

Y he sostenido que la Corte IDH, desde sus primeros fallos, ha insistido en la necesidad de respetar el debido proceso legal.

8. El alcance y contenido del art. 25, Convención ADH. Esta norma, bajo el título de ‘Protección Judicial’, desarrolla, a través de puntos sucesivos, la concreción que anticipa el art. 8, CADH, y reitera la obligación de adecuación que impone a los Estados parte el art. 2. Establece:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

La Corte IDH ha desarrollado su doctrina sobre el debido proceso legal, en conjunción de los arts. 8 y 25. Para no abundar, y en función de que el objeto de este trabajo refiere a las posibilidades de recurso, en particular, los de casación e inconstitucionalidad, restringiré, en lo posible, mi análisis a esta temática particular.

El texto es claro en cuanto a la característica del recurso, que califica como ‘sencillo y rápido’ o cualquier otro efectivo; en varias sentencias lo califica de sencillo y fácil. El Estado se compromete allí a habilitarlo contra toda decisión que afecte los derechos fundamentales de las personas que, son todos los que la Convención protege cualquiera sea el autor de la violación; esto es de sumo interés destacarlo, pues la doctrina de nuestra CS sostiene que debe haber una vinculación directa entre el daño inferido y algún servicio o funcionario interviniente en el mismo; exigencia que obedece a no convertir al Estado en asegurador de todo daño que acaezca en la sociedad. En algunas sentencias, la Corte IDH ha hecho responsable al Estado por su falta de contralor de la actividad de la que resulta el daño; en el Caso “Albán Cornejo y otros c. Ecuador”, Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 171, de 22/11/2007, párr. 120:

“cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo”.

En el párr. 121, agregó:

“La Corte ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas”.

En el párr. siguiente hizo constar que la responsabilidad del Estado acaeció por ausencia del contralor debido. La joven había ingresado al hospital con

síntomas de meningitis, se la internó y aplicó morfina, falleciendo como consecuencia de la medicación.

Una de las últimas sentencias, es la dada en la causa Corte IDH. Caso “Brítez Arce y otros c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 474, de 16/11/2022, resultante de una mala práctica médica de un ente privado. Hay otra reciente en que se condena a Argentina por ensañamiento obstétrico, aunque acaecido en un establecimiento hospitalario estatal.

La expresión “*se comprometen*” del punto 25.2, debe correlacionarse con el art. 2, CADH, pues se trata de una obligación jurídica, que genera responsabilidad internacional del Estado y habilita el reclamo indemnizatorio de la víctima y de sus familiares; tanto, cuando éstos actúan en el proceso trasnacional como herederos, como en aquellos supuestos en que los sufrimientos de la víctima se trasladan, por su cercanía, a los familiares, o cuando son éstos quienes demandan (Corte IDH. Caso “19 Comerciantes c. Colombia”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 109, de 05/07/2004, párr. 193; Corte IDH. Caso “de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 120, de 01/03/2005, párr. 75; Corte IDH, Caso “Valle Jaramillo y otros c. Colombia”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 192, de 27/11/2008, párr. 170; Corte IDH, Caso “Kawas Fernández c. Honduras”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 196, de 03/04/2009, párr. 120). Se trata, en ambos casos, de la condición de perjudicados indirectos, según nuestra doctrina nacional.

El punto 25.2.a, obliga al Estado a garantizar que las autoridades competentes decidirán sobre los derechos del recurrente. Este aspecto es esencial, pues hace a la eficacia del recurso (*effect util*); carga de la que no tiene noticia el STJ, que solo juega con la eficacia de las formas, olvidando su función esencial, que es la obligación de todo juez de analizar en profundidad la pretensión y emitir una decisión fundada sobre el derecho del recurrente.

Téngase presente que también el PIDCyP regula el derecho al recurso (art.14). La recurrencia ante un tribunal superior, exige a éste establecer un procedimiento que asegure las garantías previstas en el art. 14.1, cuestión en la que ha insistido el Comité de Derechos Humanos que ese Pacto posee. En el mismo sentido, la previsión del art. 8.2,h de la CADH, impone una revisión plena, sin distinguir entre hechos y Derecho; ha de ocuparse tanto del Derecho como de los hechos. En nuestra doctrina local (Gialdino) se sostiene con razón, que el recurso de casación no constituye un recurso superior de conformidad con el artículo 8 de la Convención, y así lo sostuvo la Corte IDH desde sus primeras sentencias (Corte IDH, Caso “Castillo Petruzzi y otros c. Honduras”), en cuanto a las condiciones y los requisitos que debe satisfacer todo recurso de revisión.

En la sentencia del Caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, la Corte IDH se pronunció del siguiente modo, que resulta inevitable transcribir, pues allí está la

esencia del recurso de casación que el STJ del Chubut ha amordazado hasta hacerlo, prácticamente, desaparecer en el laberinto de su Acuerdo 3821/09.

En el párr. 157, indica que el art. 8.2,h CADH, otorga durante el proceso a “toda persona en plena igualdad”, el derecho de recurrir del fallo. Esta afirmación es muy importante, porque el CPrP de Chubut (del año 2006), concede al imputado, recursos que se le deniega a la víctima, pese a que el art. 17, estatuye la igualdad de las partes, imponiendo a los jueces subsanar los escollos que dificulten el ejercicio del derecho; pero los jueces de la Cámara Penal y los jueces del Colegio, no lo aplican como se ordena; me consta porque lo padecí en ejercicio del derecho de la víctima.

El párr. 158, califica, al derecho de recurrir, de “una garantía primordial”. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

El párr. 159, sostiene que el referido derecho “no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó”; que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas (Caso “Castillo Petruzzi y otros”. Sent. N° 52, de 30/05/1999, párr. 161), incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. El ‘efecto útil’ es una exigencia permanente de la Corte IDH, donde asegurar que se resuelva, no significa que emita una decisión cualquiera, sino con atinado ajuste a las pretensiones articuladas, a los hechos y a las pruebas. Como tengo razones ‘documentales’ para mostrar que no siempre el STJ hace lo que debe (pienso que, generalmente, opera al revés), en un recurso de queja por impugnación extraordinaria denegada, en que me quejo que una juez penal se ha inmiscuido en la función del MPF, haciéndole indicaciones al funcionario acerca del contenido de la formulación de apertura de la investigación (art. 274, CPrP de Chubut), y denegó la misma, desconociendo el derecho de la víctima a instar la apertura (art. 195.3, CChu; arts. 15, 38 y 102, CPrP), con el concreto pedido de que se revocara ese modo de actuar, además de quejarme de la omisión del MPF de hacer efectiva la apertura, el STJ dictó un breve auto en que me dijo:

“Y CONSIDERANDO: Que, si algún representante del Ministerio Fiscal se niega a investigar los hechos contenidos en la querrela, la víctima puede ocurrir ante un superior jerárquico de aquél para que ese superior ordene a otro fiscal dar inicio a la correspondiente investigación (Código Procesal, artículo 38).

Que los jueces no pueden promover la acción penal a cargo del fiscal ni mandar a que fiscal la promueva ni controlar lo que en tal sentido el fiscal disponga o no disponga (artículo 18)”.

Y, seguidamente, resolvió, desestimar la queja, con costas (STJ Sala Penal, 26/06/2023, “S., C.E. s/ Dcia. Administración fraudulenta”, Expte. 100.868/23, Ofijud Comodoro Rivadavia). O sea, ratificó lo que había sostenido en la impugnación extraordinaria y en la queja, pero NO resolvió sobre la pretensión revocatoria impetrada. Por cierto, interpuse el recurso extraordinario ante la gravísima violación del debido proceso, afrenta a la Ley Suprema, a la CChu (arts. 9, 10, 18, 22, 45, 195.3; a los arts. 8.2, h y 25.1 CADH, y arts. 15, 38, 102, CPrP), que me fue denegado y, por cierto, fui en queja a la CSJN, que no tiene plazo para resolver ni mucho interés en poner orden en el sistema judicial de Chubut, sin perjuicio de mi denuncia de denegación de justicia. Como el MPF no activó la apertura, que el art. 274, CPrP, le reserva, en tanto facultad exclusiva -sin perjuicio de la autorización de la víctima- de ejercer la acción pública, bajo el control del juez de garantías, pedí al Fiscal Jefe del MPF local, la designación de un fiscal y, ante su silencio, lo solicité al Procurador General de la Provincia (Nota de 18/04/2023, “Solicita designación de fiscal especial y determinar responsabilidad funcional del MPF de Comodoro Rivadavia”), pues, entre otras razones, se trataba de una denuncia de septiembre de 2019, acreditados los hechos por instrumentos públicos y su respuesta fue la siguiente:

“Toda vez que no se han identificado razones válidas que puedan justificar el apartamiento de los Fiscales y funcionarios que corresponden según el modelo organizacional del Ministerio Público Fiscal del Chubut, no se dispondrá su apartamiento (art. los artículos 117 del Código Procesal Penal y 42 de la Ley V N° 94” (Nota N° 032 de 25 de abril de 2023; textual).

Para el señor Procurador General tampoco había motivos para juzgar la conducta omisiva de los fiscales, pese a que el art. 37, CPrP (art. 195.3, CChu), le acuerda al MPF el ejercicio de la acción penal pública y la persecución penal que, también, le corresponde a la víctima. La segunda proposición del párr. primero del art. 37, dice:

“Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar excepto en los casos expresamente previstos en la ley”.

El art. 38, primer párr., establece:

*“**Todos los delitos serán perseguibles de oficio por el fiscal, excepto aquellos cuya persecución corresponda exclusivamente a la víctima**” (énfasis mío).*

El cuarto párr. del art. 38, CPrP, establece (aunque parece no existir en el CPrP del señor Procurador General, que bien pudo preguntarle al Fiscal Jefe, por qué no quería designar otro fiscal, o por qué no quería formalizar la apertura):

“Si un representante del Ministerio Público Fiscal se negara a investigar los hechos contenidos en la querrela, la víctima podrá ocurrir ante un

*superior jerárquico de aquél, el que **deberá ordenar** a otro fiscal que inicie la investigación si ello correspondiere”.*

Debo aclarar que había una demorada presentación del MPF, por la cual, instada por mí una respuesta al juez de garantías, contestó formalizando en breves términos la apertura, admitiendo que se trataba de hechos presuntamente ilícitos, no objetaba la proposición de querellante y afirmó que ya se había fijado la audiencia de apertura para el 29 de diciembre de 2021. Como la audiencia se prorrogó varias veces, siempre a pedido del defensor del imputado, cuando se celebró, a las 9 de la mañana, ese mismo día le dieron el legajo al funcionario designado, que habló de ‘retención indebida’ en lugar de administración fraudulenta, lo que motivó la intervención de la señora juez de garantías que le impuso mostrar la ‘intimación a devolver’ al imputado, dándole 5 minutos para encontrarla en el legajo de más de 200 páginas. Sentado yo a su lado, le expliqué que no había intimación, que se trataba de la figura de la administración fraudulenta, como resultaba de la carátula, con lo que al regresar la señora a la sala, decidió dar por finalizada la audiencia, luego de denegar mi petición de que se dispusiera la apertura en función del derecho de la víctima a hacerlo y, específicamente, porque en mi escrito sostuve que actuaría como querellante adhesivo en todo lo que concordara con el MPF y como autónomo en lo que no coincidiéramos. Esto dio lugar a mi impugnación; se designó un tribunal de dos jueces, que confirmaron lo resuelto; interpuse la impugnación extraordinaria, que, denegada, originó la queja, que la Sala Penal resolvió como he indicado.

El último párr. del art. 38, CPrP, también me autorizaba, como reclamé en la audiencia, en ejercicio de la función de querellante, continuar con el procedimiento, lo que me fue denegado, como acabo de referir. La norma citada dice:

“Si en las oportunidades procesales que correspondan, el fiscal no formaliza la acusación [artículo 291] o no requiere el dictado de una sentencia condenatoria [artículo 327], las peticiones del querellante en cualquiera de estos sentidos habilitarán a los tribunales a abrir el juicio [artículo 298], a juzgar y a condenar [artículos 329 a 345], con arreglo a lo que se dispone en este código, salvo lo dispuesto por el artículo 44”.

Además, de la facultad concedida a la víctima en el art. 102, CPrP:

*“En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, podrán **provocar la persecución penal** o intervenir en la ya iniciada por el fiscal” (el énfasis es añadido).*

Deben tenerse presentes los arts. 112, 113 y 114, entre otros, y que, en el 114, se establece claramente, respecto del fiscal, que:

“Constituye falta grave la incuria en el cumplimiento de sus funciones”.

Según el diccionario de la Real Academia española de la Lengua, incuria es ‘poco cuidado’, ‘negligencia’, que acompañan otros sinónimos, como dejadez, descuido, desidia, abandono, despreocupación, apatía. En Derecho, da causa a responsabilidad disciplinaria, civil y penal. Como el señor Procurador General citó en su nota el art. 117, CPrP, pareciera que me invitara a recusar al fiscal, que prometió formalizar la apertura y nunca lo hizo, o al Fiscal Jefe, que guardó silencio a mi pedido de designación de otro fiscal.

Estas violaciones legales, como otra en la misma causa, de inaplicar el art. 146, CPrP, que ordena deducir del cómputo de la *probation*, el tiempo en que el expediente tramitó en vía extraordinaria local y federal, permitiendo al imputado obtener su sobreseimiento sin cumplir integralmente el plazo, convierten a la víctima en un verdadero ‘convidado de piedra’, generan muchas suspicacias y echan sombras en la administración de justicia, especialmente, cuando el imputado es millonario, y resulta acreedor de beneficios, como la *probation*, que no es posible conceder a quien el MPF ha imputado un delito de administración fraudulenta, con pedido de pena de 4 años y 10 meses de prisión, pues ello violenta el límite previsto en el art. 76 bis, del Código Penal. Son demasiadas violaciones que exceden el famoso garantismo zaffaroniano que tanto reproche genera en la sociedad. Mi obstinada defensa de la Ley Suprema, tal como la concibo, me ha llevado a requerir del Colegio Público de Abogados de Comodoro Rivadavia, la participación institucional en variados temas, que interesan a la comunidad, como la cuestión de la IVE, la toma de tierras por los seudos mapuches, la segregación de los jueces que desconocen la Convención ADH, como los que deniegan los recursos de apelación, declarándolos desiertos, y de casación. Ya me han regalado una estatuilla del caballero del Toboso y un distinguido abogado me ha dicho que no necesito que Sancho me acompañe. Pero, cómo calificar el hecho de que una denuncia por delito grave, que lleva 4 años dormida, contra alguien ya imputado (y beneficiado por *probation*), que siguió cometiendo delitos durante el período de la prueba, goce de impunidad; cuando menos diré, como Isaías (64:4), que han hecho de la justicia ‘trapos sucios’.

Volviendo al Caso “Herrera Ulloa”, el párr. 161, establece que, de acuerdo al objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de los derechos humanos (Caso “Baena, Ricardo y otros c. Panamá”. Competencia. Sent. N° 104, de 28/11/2003, párr. 95; Caso “Cantos c. Argentina”. Exceps. Prels. Sent. N° 85, de 07/09/2001, párr. 37; y Caso “Constantine y otros c. Trinidad y Tobago”. Exceps. Prels., Sent. N° 80, de 01/09/2001, párr. 86), “debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”. “Debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (Caso “Baena Ricardo y otros c. Panamá”. Competencia, párr. 77; Caso “Maritza Urrutia c. Guatemala”, Sent. N° 103, de

27/11/2003, párr. 117; y Caso “Juan Humberto Sánchez c. Honduras”, Sent. N° 99, 07/06/2003, párr. 121).

El art. 164, establece:

“La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”.

El art. 165, establece:

“Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.

La obligación del art. 25.2. ‘a’, CADH (obligación de decidir), se liga con el inc. ‘c’, que impone asegurar el cumplimiento de la decisión. En este último sentido, ha dicho la Corte IDH que:

“es insuficiente que el Estado reconozca un ilícito internacional, sino que, adicionalmente, debe evaluarse si lo hizo cesar y si reparó las consecuencias de la medida o situación que lo configuró” (Corte IDH, “Andrade Salmón c. Bolivia”, Sent. N° 330, de 01/12/2016, párr. 93).

Sobre la ejecución de las sentencias, la Corte IDH ha precisado que:

“un recurso es ilusorio cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica al faltar los medios para ejecutar sus decisiones” (Corte IDH, Caso “Maldonado Ordóñez c. Guatemala”, Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 311, de 03/05/2016, párr. 109).

Agrega, en sentencia contra Argentina, que:

“es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendiendo éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva” (Corte IDH, Caso “Hernández c. Argentina”, Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 395, de 22/11/2019, párr.130).

En este caso, la Corte entendió que:

“La falta de cumplimiento de las órdenes del Juez de la Causa dirigidas a garantizar el adecuado tratamiento médico [...] constituyeron un incumplimiento del derecho a un recurso judicial efectivo” (párr. 146).

Anticipándose a los alegados impedimentos del Estado para cumplir, dijo:

“Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias” (Corte IDH, Caso “Acevedo Jaramillo c.

Perú”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 144, de 07/02/2006, párr. 225; Corte IDH, Caso “Acevedo Buendía c. Perú”. Sent. N° 198, de 01/07/2009, párr. 75).

“La ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora” (Corte IDH, Caso “Furlán c. Argentina”, Sent. N° 246, de 31/08/2012, párr. 210; Corte IDH, Caso “Comunidad Garífuna de Punta Piedra c. Honduras”, Sent. N° 304, de 08/10/2015, párr. 244).

La CS tiene decisión tomada al respecto, en que ha dicho con relación a las demoras de cumplimiento:

“Que en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto” (CS, 07/09/1966, “Pietranera, Josefa y otro c. EN”, *Fallos* 265:291).

Aunque tengo el extraño privilegio de haber ganado dos procesos personales en la Comisión IDH, ninguno de los dos ha tenido culminación con el cumplimiento de las respectivas recomendaciones, pese a que logré, en el primero de ellos, que la CSJN admitiera, por mayoría, que son vinculantes para los jueces. En el primero, el Informe N° 30/1997 (vinculado a mi remoción del cargo de juez, sin imputación alguna y sin sumario, por el gobierno militar de 1976), que demoró diez años y un mes de tramitación, nunca fue cumplido. Apenas si pasaron 26 años; en una de esas ‘salta la liebre’, como decimos en el campo. Pero no se deben desalentar, quienes lleguen a estar en parecidas situaciones, porque la lucha por el Derecho, además de ser una carga obligada en quienes tienen capacidad para ello, es deber de todos. Añorando épocas y conductas olvidadas, cuando nuestro Pueblo era envidiado en América y el mundo, es bueno recrear breves párrafos de la Declaración Americana de 1948:

“El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”.

El punto 25.2.b, CADH, ‘desarrollar las posibilidades de recurso’, es una consecuencia de la obligación impuesta en el punto 25.1.

En el caso “Flor Freile c. Perú”, dijo la Corte IDH:

“El artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente” (Para citar de las últimas dictadas: Corte IDH. Caso “Álvarez Ramos c. Venezuela”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 380, de 30/08/2019, párr. 183; Corte IDH. Caso “Perrone y Preckel c. Argentina”. Excs. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 384, de 08/10/2019, párr. 121; Corte IDH. Caso “López y otros c. Argentina”. Excs. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 396, de 25/11/2019, párr. 209; Corte IDH. Caso “Noguera y otra c. Paraguay”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 401, de 09/03/2020, párr. 79; ver también: Caso “Yatama c. Nicaragua”; Caso “Claude Reyes y otros c. Chile”; Caso “Castañeda Gutman c. México”).

Además, ha declarado que:

“la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar” (Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24, y Caso “Lagos del Campo c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 340, de 31/08/2017. párr. 188).

En una de sus últimas sentencias, sostuvo, en reiteración de su doctrina, que:

“el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial sean “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación” (Caso “Redríguez Pacheco y otra c. Venezuela”, Sent. N° 504, de 01/09/2023. Exceps. Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 98).

Es de interés destacar que la Corte IDH exige a los Estados parte una obligación acentuada de respeto del debido proceso, en particular en materia de recurso, cuando se trata de personas que requieren de una atención especial:

Ha dicho la Corte IDH, en el Caso “Hernández c. Argentina”, que:

“Los recursos intentados por personas que tienen alguna enfermedad que requiere de una atención médica para evitar afecciones graves a su salud, integridad personal, o su vida, implica una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos [...] las resoluciones de recursos intentados requieren que se tome en cuenta la vulnerabilidad y el riesgo de afectación a los derechos en juego para las presuntas víctima” (Caso “Hernández c. Argentina”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 395, de 22/11/2019, párr. 133).

Dijo allí también, que:

“La falta de cumplimiento de las órdenes del Juez de la Causa dirigidas a garantizar el adecuado tratamiento médico [...] constituyeron un incumplimiento del derecho a un recurso judicial efectivo” (párr. 146).

No debe molestarnos las diferencias de trato por dos buenas razones: Una, que el concepto de igualdad ante la ley (art.16, CN), ha sido siempre la igualdad de los que están en situaciones iguales. La otra, sería una falta a la solidaridad social, que nos quejáramos que el Estado concurra a proteger a las personas vulnerables, que están así sin culpa alguna de su parte. Las inundaciones son un buen ejemplo de ello; el Pueblo argentino ha sido siempre solidario y no debe dejar de serlo, lo que no implica aceptar el abuso, tan frecuente, de los ‘argentinitos piolas’. El orden social, como el respeto a la Constitución y a la ley, es la base de la seguridad y prosperidad. Para decirlo sin ambages, los que no trabajan, pudiendo hacerlo, y reciben asistencia del Estado. Es una suerte de ‘renta universal’, resistida en Europa, que se paga con los impuestos de los que trabajan, generando reproches. No es habitual en los países prósperos.

La Corte IDH, ha dejado asentado su doctrina, relativa a la flexibilidad de los rigores formales de las vías de impugnación, de la siguiente forma:

“[d]e las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Corte IDH. Caso “Familia Pacheco Tineo c. Bolivia”. Excs. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 272, de 25/11/2012, párr. 128).

Hay otros sujetos de derecho que gozan de la protección de la ley y, por consiguiente, del Estado, que no siempre se cumple, como en el caso de los niños y adolescentes que, además de gozar de las garantías de una Convención especial, deberían estar efectivamente protegidos por la ley especial 26.061, que se considera reglamentaria de la Convención sobre los derechos del niño. Es una prudente y sabia ley que acuerda una acción (popular, para mí), a toda persona para accionar contra los funcionarios públicos para que hagan efectivos los derechos y garantías de los niños; es decir, para que cumplan con sus obligaciones funcionales. Creo que es la única que, con amplitud en la legitimación, permite acceder a una instancia judicial con aquel propósito. Las ‘acciones positivas’, que pesan en el Congreso, son omisiones que generan responsabilidad estatal (art. 75, inc.23, párrs. 10° y 11°, CN).

He sostenido y lo sigo haciendo, que, aunque no hay ley expresa, la doctrina de la CSJN permite al ciudadano ejercer una acción en justicia en defensa de la Constitución, sea Nacional o provincial. Así resulta de los fallos dados en las

causas “Colegio de Abogados de Tucumán c. H. Convención Reformadora de Tucumán” (CS, 14/04/2015, *Fallos* 338:249), que contiene la cita de un voto del juez Fayt, de una gran fuerza argumentativa. Esta doctrina fue repetida en la sentencia del caso “Schiffrin” (CS, 28/03/2017, “Schiffrin”, *Fallos* 340:257), donde la existencia de ‘caso’ va indisolublemente adherida a la legitimación. Existencia de caso e ‘interés directo’ retroalimentan el propósito singular de una pretensión en justicia.

Decía el juez Fayt en su disidencia, que luego fue aceptada como fundamento:

“que cuando se violan las normas para que la decisión de la mayoría sea válida, **peligra el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga** (Fallos: 313:594 y 317:335, disidencias del juez Fayt)” (énfasis añadido).

En el Cons. 9º de “Colegio de Abogados de Tucumán”, la CS sostiene:

“en supuestos como el examinado no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la **afectación de la fuente misma** de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del “caso” resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos. En estas situaciones excepcionales, en las que se denuncia que han sido **lesionadas expresas disposiciones constitucionales** que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la **simple condición de ciudadano** resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’” (énfasis añadido).

Esta doctrina, según creo, se mantiene en la sentencia dada por la CSJN en la causa “Internas de la Unidad N° 31 SPF s/ Habeas corpus” (CS, 11/02/2020, *Fallos* 343:15), en que sostiene el derecho de todo ciudadano de interponer acciones administrativas y judiciales, ante la inobservancia de los deberes del Estado.

Ciertamente, la situación, para la doctrina de la CSJN, debe ser excepcional y la suerte de la demanda dependerá de la naturaleza del derecho que pretende defenderse y, por supuesto, de las opiniones personales de los jueces, según sus convicciones e intereses, situación que debí afrontar en mi tenaz defensa de la vida en gestación, en donde , a la pretensión defendida, se oponía el argumento del ‘daño propio’ o ‘interés particular’ que, para quienes entienden lícita, constitucional y convencionalmente compulsada, la ley 27.610, no se daba ese supuesto. Ese modo de pensar, encuentra en fallos de la CSJN, justificación normativa en la ley 27. Así, en la causa “Lorenzo”, la CSJN admitió allí el ejercicio de acciones

directas de inconstitucionalidad como medio para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional; pero, proceden -dijo- en los casos del art. 2º de la ley 27, en que se persiga en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes demandan; esto es, la existencia de un caso (CS, 12/12/1985, “Lorenzo, Constantino c. Estado Nacional s/ Nulidad e inconstitucionalidad”, *Fallos* 307:2384; la demanda perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 23.172, que aprobó el Tratado de Paz y Amistad con Chile, pues entendía que había afectado la integridad territorial de la provincia de Santa Cruz).

Debo aclarar que, en el mismo fallo y con cita de las sentencias dadas en el caso “Baeza” (CS, 28/08/1984, “Baeza, Aníbal Roque c. Estado Nacional”, *Fallos* 306:1125; trató sobre el pedido de inconstitucionalidad del decreto que convocó a consulta popular el Acuerdo con Chile sobre los límites en la zona del canal de Beagle) y “Fonrouge” (CS, 22/11/1984, “Fonrouge, Alberto H. s/ Amparo”), distinguió:

“las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por ausencia de un interés inmediato del particular que efectúa la solicitud, y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo” (remite a “Baeza”, Cons. 4º, párr. 6º).

La sentencia en “Baeza”, mereció una disidencia del juez Fayt, quien sostuvo la procedencia de las acciones declarativas del art.322, CPrCC de la Nación, incluso cuando persiguen la declaración de invalidez de una ley o de un decreto. Demostrar la existencia de un interés propio, individual, de quien demanda, parece una exigencia desmedida, cuando se trata de la eficacia de la protección constitucional respecto a derechos esenciales de la persona.

Debo insistir en que la consideración de la protección judicial de los derechos de las personas, lleva a la interpretación indisoluble, en conjunción, de los arts. 8 y 25, tal como postulara Cançado Trindade; y es por demás obvio, que hubiera sido inútil la declaración de la existencia de derechos que debían respetar y garantizar los Estados, parte en la Convención ADH, si no se hubiera previsto en ella la necesidad de generar recursos (procesales) adecuados para la defensa de aquéllos. Por tanto, la vía del art. 25, CADH, sirve tanto para los recursos ordinarios, incluyendo la acción de amparo, habeas corpus, habeas data, protección ambiental y acciones similares, como a las llamadas vías extraordinarias (casación, inconstitucionalidad, revisión). Dicho en otras palabras, los recursos deben ser los remedios adecuados, previstos o no en el ordenamiento interno, para revisar decisiones de tribunales de justicia y órganos ajenos al Poder Judicial de Nación y provincias, que afecten derechos reconocidos, no sólo en la

Convención ADH, sino en la CN, en la ley y, por cierto, en las constituciones de provincia y en sus leyes.

Desde el título (“Protección judicial”), el artículo no deja dudas que se refiere a la intervención de jueces y tribunales de justicia, con lo que vuelvo a transcribir el primer párrafo. El texto dice:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Por eso se dice en doctrina, y lo ha manifestado en forma expresa la Corte IDH, que más que establecer el art. 8, ‘recursos’, se trata de que deben existir medios de impugnación adecuados para obtener una decisión de un tribunal superior, respecto de una sentencia o resolución de un órgano ajeno al Poder Judicial que, el afectado, estima injusta, errónea o que conculca derechos reconocidos.

Agrego, que fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 (Bogotá, Colombia), la que inspiró la incorporación de los recursos en la Convención ADH (art. XVIII):

“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Una cuestión de sumo interés es determinar el alcance de las obligaciones que el Estado parte en la Convención, se obliga a reconocer y garantizar. El principio que anima esta cuestión se resume en que pesan sobre todos los poderes del Estado, sobre todos los órganos y autoridades de la Nación, provincias y municipios y, por tanto, sus conductas contrarias a los derechos, garantías y libertades de la CADH, habrán de generar la responsabilidad internacional del Estado. En la provincia del Chubut, la ley que regula el desenvolvimiento del Tribunal de Enjuiciamiento, aplicable a magistrados y a funcionarios del MPF, prevé que sus decisiones, particularmente, la definitiva, son irrecurribles. No obstante, esta pretensa restricción, ha sido dejada sin efecto en variadas sentencias de la CSJN, vinculadas a los procesos de destitución de magistrados de los poderes judiciales, tanto de la Nación, como de las provincias. En función de síntesis, cito la dictada en “Superior Tribunal de Justicia c. Duarte, Graciela Beatriz s. Denuncia” (CS, 18/06/2020, Fallos 343:440), que impone a los superiores

tribunales de provincia pronunciarse sobre las impugnaciones efectuadas por los afectados, como modo de acceder a los estrados de la Corte Suprema. Ella atenderá el recurso extraordinario, eventualmente, la queja, en la medida que se acredite que el proceso ha conculcado el debido proceso legal; esto es, acreditar claramente, la violación al derecho a la defensa en juicio que, ha dicho, habilita la interposición del recurso extraordinario federal (CS, 25/02/2021, “Asoc. Civil Inter Actis Arg.”, *Fallos* 344:163, con cita de “Chiareri”, *Fallos* 323:3314). E, incluso, ha llegado a afirmar que el derecho a la defensa en juicio está contenido, también, entre los derechos implícitos, del art. 33, CN (CS, *Fallos* 326:3842, voto en disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez, antes citado).

La Corte IDH no niega la obligación de los órganos y jueces de efectuar el control de constitucionalidad; a menos que una disposición de la CN, resulte violatorio de un derecho reconocido por la Convención, como acaeció con el Caso “Olmedo Bustos o ‘La última tentación de Cristo’ c. Chile”, donde la obligó a reformar la Constitución para adecuarla a las garantías de la Convención ADH, que contenía una previsión de censura previa contra las emisiones cinematográficas, que utilizaron las autoridades chilenas para censurar la película, de ese nombre, del director Martín Scorsese.

Para la Corte IDH, hay otras personas que ameritan un trato de relativa elasticidad, como en el caso de niños, donde rige el principio del ‘interés superior’ del niño; de la mujer, por influencia de la Convención contra la violencia y discriminación de la mujer (CEDAW), la Convención de Belem do Para y de la ‘perspectiva de género’, cuyo origen y finalidad está fuertemente cuestionada en Italia y España, y cuyos excesos para nada suscribo. La igualdad entre los sexos es, para mí, irrefutable, en los términos del art. 16, CN, lo que supone la igualdad de oportunidades. Siempre en razón de completitud, para ‘no enterrar los talentos’, véase que la Corte IDH ha creado, en favor de la mujer, una doctrina especial para ella. En la sentencia N° 504, en “Rodríguez Pacheco c. Venezuela”, que ya he citado, dice, en el párr. 102:

“La Corte ha señalado que la salud sexual y reproductiva tiene implicancias particulares para las mujeres, debido a su capacidad biológica de embarazo y parto” (Cita, Caso “I.V. c. Bolivia”, *Exceps. Prels.*, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 329, de 30/11/2016, párr. 157, y Caso “Manuela y otros c. El Salvador”, *Exceps. Prels.*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 441, de 02/11/2021, párr. 193, y Opinión Consultiva OC-29/22, párr. 148).

Y agrega, en el mismo párrafo:

“En este sentido, la obligación de brindar atención médica sin discriminación implica que la misma tome en cuenta que las necesidades en

materia de salud de las mujeres son distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres”.

A esos efectos, la Corte IDH, creó la figura de la ‘violencia obstétrica’, que: “abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o post-parto, en centros de salud públicos o privados” (Corte IDH, Caso “Brítez Arce y otros c. Argentina”, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 474, de 16/11/2022, párr. 75).

Hago constar que la distinta naturaleza biológica de la mujer, no la autoriza a causar daño a ‘otro’ (art. 19, CN), límite del derecho de reserva. Y, para que le quede claro, estimado lector, ese otro es el hijo por nacer (art. 19, CCC, entre otras normas). Este modo de pensar, no apunta a desconocer la necesidad de protección que la mujer requiere cuando es objeto de discriminación y violencia. En tanto persona humana, está dotada de la excelsa dignidad que le debe ser respetada ‘en toda circunstancia’, tal como sienta el art. 51, CCC. Pero no es razonable ni admisible, a salvo muy especiales circunstancias (como la violación), que no se sienta responsable de sus decisiones libres, exentas de toda clase de violencia o error, en orden a la disposición de su propio cuerpo, como son sus relaciones sexuales que, por razón de su naturaleza y de su función biológica de reproducción, pretenda ‘eliminar’ las consecuencias de esa su libre, privada y respetable decisión. Claro que, sin dejar de advertir las diferencias que de la naturaleza de los actos resulta, ha de ser de aplicación aquella presunción asentada por el sabio Vélez Sarsfield en la nota al art. 943, Código Civil, en que sostuvo:

“Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.”

También merecen un trato especial, los adultos mayores, por aplicación de la Convención Interamericana sobre sus derechos humanos, aprobada por ley 27.360 de la Nación. En la Argentina decadente de hoy, se la respeta poco y nada; basta asombrarse con las colas de ancianos en los bancos para percibir sus magros haberes, a la madrugada, con frío e, incluso, bajo la lluvia.

El caso “Campodónico de Beviacqua” es un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que se emitió el 24 de octubre del año 2000 (*Fallos* 323:3229). El caso se originó cuando el hijo de la actora, nacido en 1996, fue diagnosticado con una enfermedad grave en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas. El tratamiento requería una medicación especial que fue suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas,

dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, hasta el 2 de diciembre de 1998, fecha en que ese organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco “por última vez”. Frente al peligro inminente de interrupción del tratamiento, la madre dedujo un amparo contra el Ministerio de Salud y Acción social, que la CS por mayoría admitió.

La CSJN sostuvo, en su voto de mayoría, que:

“la prolongación de ese estado priva de sustento a los planteos que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social ya que subsisten las razones “exclusivamente” humanitarias que dieron lugar a la entrega del remedio, las cuales no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño”.

No en vano, el cuidado de la vida y de la salud de los habitantes constituye la primera obligación del Estado y es muy bueno que la CS lo reconozca y haga valer; aunque yo reclamo que lo haga en todos los casos, como en la protección de la vida en gestación, pues está allí en juego la vida de un ser humano (art. 19, CCC), el más indefenso de todos. Y me duele que, en la Ciudad de Buenos Aires, por cada niño de 4 años, haya en los hogares 3 perros y dos gatos. Cinco mascotas por hogar que reciben el cariño de sus dueños, en tanto miles de bebés en gestación son suprimidos por sus propias madres.

Y, porque, como ella misma dejó sentado:

“La vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental” (CS, 03/06/2021, “García, Facundo Nicolás”, *Fallos* 344:1291; y *Fallos* 310:112; 312:1953; 316:479; 324:3569).

Agrego, como otro punto positivo de nuestra CS, aquella afirmación suya según la cual:

“el Tribunal ha reconocido que, en su función de interprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectividad y vigencia depende una adecuada convivencia social, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tal elevada función” (CS, *Fallos* 257:132; 260:114; 295:376 y 879; 298:732; 300:1102).

No obstante, sigo esperando que mi amparo en sede originaria de la CSJN, el primero allí luego del dictado de la ley 27.610 (IVE), tenga sentencia. Los que han de morir, ‘te saludan, Oh César’.

9. Un fallo a medida de lo que no debe ser. En una causa que llegó al STJ en vía de queja por casación denegada (“O., D.A. c. T., V.B.”, Expte. N° 25.563/2022), en la que el motivo casatorio y de la queja era la mala determinación de quién debía soportar los honorarios del perito, designado por la señora juez a cargo del proceso, que sólo debía imputarse a la parte que más alejada a la suma fijada por el perito había sido su estimación del ‘valor del juicio’; invoqué, como siempre, la doctrina de la Corte IDH, que establece que debe tratarse de un recurso sencillo, fácil y rápido (Corte IDH, Casos “Yatama” y “Heliodoro Portugal”, entre otros). Erró en las cuentas acerca de cuál de las partes estuvo más alejada de la suma fijada por el perito, sin advertir que las demandadas eran dos, y sus inmuebles diferían en valores, siendo más distantes en cada caso a los determinados por el perito. El STJ se ocupó de lo formal, citando en su apoyo -para desestimar el recurso por motivos formales- una sentencia solitaria de la Corte IDH, a la que cabe referir; además, de las ‘condiciones’ de su Acuerdo 3821/09, con que modificó el CPrCC del Chubut.

Insistió allí en sostener:

“la jurisprudencia consecuente de este Tribunal sobre la finalidad objetiva que satisface esa reglamentación, que es viabilizar su intervención extraordinaria (SI N° 68/SRE/2013) mediante la sistematización de los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el código adjetivo **por voluntad del legislador provincial** (SI N° 45/SRE/2011)”.

Énfasis mío, porque nunca hubo en su favor una delegación legislativa ni cosa que se le parezca, toda vez que la CChu (art. 135, inc. 19), declara de competencia exclusiva de la Legislatura dictar los Códigos de procedimientos. Sólo admite la CChu, como he indicado ya, la iniciativa del STJ en temas de funcionamiento del Poder Judicial (art. 136, CChu). Arrogarse funciones que no se tienen, pueden equivaler a dictar resoluciones contrarias a la CChu, y devenir operativa la amenaza penal. Ese art. 136, refiere que la iniciativa procede “*en los casos autorizados por esta Constitución*”; y el art. 176, CChu, autoriza al STJ a “enviar proyectos” en temas de organización y procedimientos, pero en modo alguno ‘legislar’, imponiendo condiciones que no resultan de la ley. Abusó, como siempre, en sus dogmatismos, hizo las cuentas a su antojo e invocó un fallo de la Corte IDH, que lo autorizaría a establecer el procedimiento. Por cierto, apeló a que no hay derechos absolutos y que la CSJN ha admitido la facultad reglamentaria y, por ello, la vigencia de la Acordada N° 4/2007, de la que copió su Acuerdo Plenario 3821/09; sólo que la CSJN tiene una ley que la autoriza a utilizar su razonable prudencia, y el STJ carece de ella.

En la sentencia citada por el STJ (N° 45/2011), parece dejar entrever que la Legislatura le hubiere concedido alguna suerte de delegación, pero en el texto de

la misma no se invoca ni identifica ninguna; delegación que, por otra parte, sería violatoria de la CChu.

Se trató del fallo dado en el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú”, sosteniendo sus pretensas facultades en el siguiente texto:

“[sus]pautas y criterios están en línea con las decisiones de la propia Corte IDH que, en relación con los arts. 1º, 8.2 y 25.1 de la CADH, señaló: a) los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole; b) no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado (énfasis agregado: caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 126)”.

La demanda allí planteada por la Comisión IDH, perseguía que la Corte IDH decidiera si Perú:

“es responsable por la violación de los artículos 8.1 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma” (párr. 2 de la sentencia).

En el párr. 126, citado por el STJ, la Corte IDH resolvió como sigue:

“126. La Corte considera que en todo procedimiento o proceso existente en el orden interno de los Estados deben concurrir amplias garantías judiciales, entre las cuales se encuentran también **las formalidades que deben observarse** para garantizar el acceso a las mismas. Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, **los Estados** pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien **esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado**, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, **sin que importe la verificación de los presupuestos formales** de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado” (énfasis mío).

En un primer abordaje, es muy obvio, como lo ha dicho en otras ocasiones, que el tribunal no está obligado a resolver siempre en forma favorable el recurso; la existencia ‘previa’ de esos recursos significa que deben ser respetados y “estar disponibles para el interesado”, además de “resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado”. En segundo lugar, es también obvio, que el peso de la obligación de marras recae ‘en el Estado’, y el órgano atribuido de la facultad de regular será el que la Constitución del Estado determine; en el caso del Chubut, su Legislatura. En tercer lugar, lo que debe responder el STJ es si su Acuerdo Plenario 3821/09, resuelve ‘adecuadamente’ la exigencia de la Corte IDH de proveer un recurso rápido, sencillo y fácil para que un tribunal superior revise la sentencia de otro inferior, equivocada, injusta, contraria a la ley, que permita satisfacer el ‘derecho humano a la decisión justa’ (entre otras, Sent. N° 411, dada en “López Álvarez c. Honduras”, párr. 148). Y, es también obvio que, ni por asomo, su engendro cumple ese cometido.

En el párr. 128, la Corte IDH dejó asentado un criterio general sobre el fin y alcance de los recursos previstos en la Convención ADH; dijo allí que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, **sus jueces también están sometidos a ella**, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención **no se vea mermado o anulado** por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

En el párr. 129, la Corte IDH, declaró que las víctimas:

“es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados”.

Y en párr. 130, recordó una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en que sostuvo:

“que la **existencia de los recursos internos debe ser suficientemente cierta, no sólo en teoría sino también en la práctica, en cuyo caso contrario no cumplirán con la accesibilidad y efectividad requeridas**” (énfasis mío).

Y, por cierto, en el párr. 131, declaró que los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas. Y, en el párr. 132, declaró que Perú había violado los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2, de la misma. Y, en el párr. 142, declaró la responsabilidad internacional de Perú, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.

Como es fácil de advertir, el STJ ni tan siquiera acierta en sus citas para justificar que su ominoso Acuerdo Plenario, sea una regulación ‘adecuada’ en favor de los recursos que la Convención ADH y la doctrina de la Corte IDH, ha impuesto a los Estados en favor de las personas, que han sido dañadas por los tribunales ordinarios en sus sentencias y resoluciones. Desde que nunca debió ser dictado, a 39 años de vigencia de la Convención ADH, es tiempo por demás sobrado para su derogación. Lo que no puedo entender, es que el tribunal que debe asegurar los derechos, libertades y garantías de las personas sometidas a su jurisdicción, insista en retacear, privar, dificultar la revisión de las sentencias de los tribunales inferiores. El respeto del derecho de los demás, pesa en el STJ como una obligación universal de dar a cada uno lo suyo y, en tanto no lo haga así, exhibirá una mancha deleznable; la misma que el art. 29, CN, atribuye a los ‘infames traidores a la Patria’.

Aunque con ‘fanatismo’, podría afirmarse que la decisión de la Corte IDH, en el Caso de “los trabajadores cesados del Congreso c. Perú” (Sent. N° 234, de 13/10/2011), parece importar un retroceso contra el carácter evolutivo de los derechos humanos, era menester adecuar el fallo a la existencia de los recursos en Perú y, de modo muy especial, de su efectividad para la defensa de las libertades, derechos y garantías de la Convención. También, puede adquirirse esa sensación con la lectura del fallo de la Corte IDH, en el Caso “Bendezú Tuncar c. Perú” (Excep. Prel. y Fondo, Sent. N° 479, de 29/08/2023), en cuyo párr. 127, dijo:

“Los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos...”.

Cuestión que hace a la necesidad de la regulación de la administración de justicia y es, por demás razonable, que así sea, pero con las limitaciones establecidas en la Convención ADH y en otros instrumentos internacionales que persiguen similares fines y que, en el caso de Argentina, dichos límites tienen jerarquía constitucional. Y, especialmente, las previsiones de la ley interna vigente, con arreglo a la CN y CChu, pues, ya se dijo, el sistema trasnacional es subsidiario. Y ha de pesar la doctrina de la CSJN, en la interpretación y aplicación de las normas de que se trate.

El caso de Leónidas Bendezú Tuncar, se vincula a su despido como Auxiliar de Oficina de la Facultad de Ciencias Financieras y Contables de la Universidad de San Martín de Porres, que es una entidad educativa privada; a quien se le imputa haber violentado determinados reglamentos, y un recibo, supuestamente adulterado que nunca se presentó en juicio su original. Los derechos que la CIDH declaró violados, en su demanda a la Corte IDH, se fundaban en la violación a las garantías judiciales, el principio de legalidad, el derecho a la protección judicial y el derecho a la estabilidad laboral, establecidos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.c) (violación a las garantías judiciales), 9 (principio de legalidad), 25.1 (protección judicial) y 26 (derecho a la estabilidad laboral), entre otros.

La petición se hizo a la CIDH en 22/10/1999 y, en 20/03/2002, se le comunicó al Estado que la cuestión de la admisibilidad, normalmente previa y a menudo restrictiva, se haría al tiempo de resolver sobre el fondo de la cuestión planteada; y, recién en 09/11/2019, aprobó el Informe de Admisibilidad y Fondo (a veinte -20- años después de la denuncia). En 20/08/2021, luego de cinco postergaciones pedidas por Perú, la CIDH sometió los hechos y sus reclamaciones en su demanda contenciosa ante la Corte IDH. Ésta, notificó a los representantes de la víctima -defensores oficiales- que, dos meses después, presentaron sus reclamaciones ante la Corte IDH, en términos similares a lo afirmado por la CIDH. Consigno las fechas de los actos principales, no por manía -que probablemente tengo, porque el plazo es un requisito esencial del acto jurídico, art. 350, CCC-, sino para alertar al lector, cierta suerte de fracaso que campea en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, con lo que pongo de resalto la necesidad y razonable opción que tienen los colegas abogados de perseguir, en sede interna, el respeto de los derechos de sus clientes. Y deben usar todos los medios legales para lograrlo, sin temor y sin molición.

El 07/02/2022, el Estado opuso cuatro (4) excepciones preliminares (falta de agotamiento de los recursos internos, la actuación de la CIDH como cuarta instancia, la violación del derecho de defensa y la falta de competencia de la Corte para aplicar el art. 26), negó su responsabilidad en los hechos y cuestionó la procedencia de las reparaciones reclamadas por la CIDH y los representantes. En el curso del procedimiento, la Corte IDH requirió al Estado, que informara sobre la cuantía de los haberes de la víctima, a fin de considerarlo en la determinación de las reparaciones. Luego de varios pedidos de prórroga, el Estado respondió que no había podido recabar la información solicitada, lo que motivó el relamo de la CIDH y de los representantes; la Corte determinó que se había tratado de dificultades del Estado por lo que no consideraba que hubiera mediado desacato al Tribunal.

En cuanto a la primera de las excepciones, el Estado alegó que la víctima había efectuado un “agotamiento indebido” de los recursos internos, pues presentó

una demanda de nulidad contra su despido en lugar de una demanda de indemnización de daños por despido arbitrario; cosa que hizo, pero tardíamente, por lo que le fue rechazado. En cuanto a la oportunidad, la CIDH recordó que el Estado, frente a la presentación del peticionario, había informado que se habían agotado los recursos internos, pues había una decisión de la Corte Suprema Nacional sobre la nulidad articulada. Invocó la aplicación del *stoppel*, equivalente a la doctrina de los actos propios, que prohíbe volver sobre los actos admitidos y firmes.

Respecto de esta excepción, creo de utilidad reproducir un párrafo de la Corte, en consonancia con lo que vengo predicando. Dijo que la excepción de:

“agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Lo anterior, sin embargo, significa que esos recursos no sólo deben existir formalmente, **sino que también deben ser adecuados y efectivos**, como se desprende del artículo 46.2 de la Convención” (párr.20; énfasis mío).

Para no abundar en citas, hago constar que hay varias sentencias precedentes que se refieren a la necesidad de que existan recursos aptos, adecuados y efectivos, para asegurar el control de las sentencias que se juzgan equivocadas o injustas. La Corte rechazó la excepción por extemporánea, porque debió interponerse en el trámite de admisibilidad que, aunque la CIDH difirió su resolución al tiempo del informe sobre el fondo, el Estado no la había planteado al tiempo de la primera notificación. La Corte, en el párr. 21, agrega un requisito más, de gran importancia en este estudio, pues no sólo impuso al Estado la oposición tempestiva de la excepción, sino que, además, le exigió:

“especificar los recursos internos que aún no se han agotado **y demostrar que estos recursos son idóneos y efectivos**” (citó el Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”. Excepciones Preliminares, Sent. N° 1, de 26/06/1987, párr. 88; y Caso “Cortez Espinoza c. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 468, de 18/10/2022, párr. 24). Se trata de la primera sentencia y una de las últimas.

Respecto de la actuación como ‘cuarta instancia’, el Estado alegó que la CIDH había actuado como juez que analiza la decisión del inferior; ésta explicó que analizó el caso a fin de determinar si se había cumplido con los requisitos del debido proceso; la Corte recordó que esta excepción sólo procede cuando el solicitante busque la revisión del fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin invocación de la violación de un tratado internacional sobre derechos humanos; y rechazó la

excepción porque la Corte debería analizar el modo en que se habían desarrollado los procedimientos, lo que es ajeno a una excepción preliminar. Citó los Casos “Grijalva Bueno c. Ecuador”. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 426, de 03/06/2021, párr. 23, y Caso “Scot Cochran c. Costa Rica”, Excepciones Preliminares y Fondo. Sent. N° 486, de 10/03/2023, párr. 32. Llamo la atención de mis eventuales lectores, la importancia que tiene llevar al sistema transnacional, con precisión, las razones por las que se considera violado un derecho o garantías de la Convención ADH, lo que no siempre es fácil; lo que a la Corte le interesa, es la confrontación entre el derecho interno y las garantías de la Convención. Adviértase, que la CIDH no admite denuncias previas o medidas de protección anticipadas, vinculadas con la violación del debido proceso. Lo planteé en un caso de total abandono de una investigación penal, en donde quien era una instigadora clara de un homicidio, fue sólo citada como testigo del hecho que, obviamente, había presenciado y ayudado a cometer. La justicia penal de Chubut tiene feos antecedentes, algunos conocidos, sobre esta temática. Como indico luego, la Corte IDH no atendió a los ‘procedimientos’ en vía de tratamiento de la excepción, pero, como se verá en adelante, tampoco lo hizo al tratar el fondo de la cuestión (volveré sobre este punto).

La tercera excepción fue la violación de su derecho a la defensa en juicio, que funda en que la CIDH no había expuesto con claridad los hechos en que basó la víctima su denuncia, sosteniendo “que existen inconsistencias en el Informe de Admisibilidad y Fondo, que hacen que Perú deba basar su estrategia de defensa en suposiciones sobre lo que la Comisión quiso decir”. Concretamente, se refirió a que la CIDH no había imputado la violación del principio de legalidad (art.9, CADH), aunque había razonado a su respecto. He leído muchas defensas estatales y ésta, no es de las que yo suscribiría. Desde otra óptica, creo que basta la violación de un derecho, que se juzga como principal (frente a los arts. 1.1. y 2, CADH, adecuar el Derecho interno y respetar y garantizar la protección). Quiero destacar, como lo he venido haciendo aquí, que el principio de legalidad es esencial en nuestro sistema normativo, con lo que cualquier violación, sea al principio de legalidad en sí como al principio de reserva (ambos en el art. 19, CN), deben ser acreditados, con claridad y rigor; ambos principios son muy ‘fuertes’, en el arsenal protectorio del Estado de Derecho. La Corte IDH revisó el Informe de Admisibilidad y Fondo, y advirtió que, en la parte dedicada al fondo, la CIDH había indicado una violación a esa disposición, en oportunidad de analizar los hechos del caso. La Corte rechazó la excepción sobre la violación de la defensa en juicio (párr. 34).

La última excepción, vinculada a la protección de la estabilidad del trabajador y la protección de la responsabilidad sindical, fue objetada por el Estado, por no ajustarse a los cánones de los derechos económicos, sociales,

culturales y ambientales, lo cual es cierto, aunque fue, recién, en la causa del Caso “Lagos del Campo” cuando la Corte IDH, por mayoría, entendió aplicable la protección del derecho al trabajo en la previsión del art. 26 que, leído literalmente, refiere a otra cosa. Esa sentencia tiene una riquísima disidencia, que recomiendo leer y meditar porque es de muy alto nivel jurídico. La Corte IDH, en este fallo en comentario, encuentra un atajo de ocasión, y declara que:

“Tal como lo ha indicado en decisiones previas, las consideraciones relacionadas con la posible ocurrencia de dichas violaciones deben ser estudiadas en el fondo del asunto. El Tribunal, por tanto, desestima la excepción preliminar opuesta por el Estado”.

En cuanto a las “decisiones previas”, en la nota respectiva, refiere a numerosas decisiones, siendo la segunda, precisamente, la sentencia en “Lagos del Campo c. Perú” (Sent. N° 198, del 01/07/2009, párrs. 97 a 103), y otras más recientes, que sostienen la competencia de la Corte sobre la base del art. 26, lo que permite sostener que es, ya, una doctrina consolidada (Caso “Valencia Campos y otros c. Bolivia”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 469, de 18/10/2022, párrs. 232 y 235; y Caso “Aguinaga Aillón c. Ecuador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 483, de 30/01/2023, párrs. 94, 97 y 101).

Lo concreto es que, el derecho del trabajo en sí, no está previsto en el art. 26, pero la Corte resolvió en favor de su competencia, sostenida en los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados del art. 26 de la Convención ADH, y en virtud de la obligación impuesta en el art. 1.1, de la misma. Destaco, en orden a la seriedad de esta excepción, que la Corte IDH, dictó contra Perú, cuando menos, siete (7) sentencias, con posterioridad a “Lagos del Campo c. Perú” (Caso “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 344, de 23/11/2017, párr. 192; Caso “Caso Muelle Flores c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 375, de 06/03/2019, párrs. 34 a 37; Caso “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 394, de 21/11/2019, párrs. 33 y 34; Caso “Casa Nina c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 419, de 24/11/2020, párrs. 26 y 27; Caso “Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) c. Perú”. Exceps. Preliminares, Fondo y Rep., Sent. N° 448, de 01/02/2022, párr. 107; y, Caso “Benites Cabrera y otros c. Perú”. Exceps. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 465. de 04/10/2022, párr. 48).

Me parece de utilidad consignar, ante la alegación del Estado de que la Corte se ajustara al ‘marco fáctico del caso’, contenido en el Informe de la CIDH, la conclusión de la Corte IDH sobre el punto, en que sostiene:

“Además, este Tribunal ha sostenido que las presuntas víctimas y los representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre que se mantengan dentro del marco fáctico establecido por la Comisión. Así, corresponde a este Tribunal decidir en cada caso la procedencia de los alegatos relativos al marco fáctico en resguardo del equilibrio procesal de las partes”.

Se refiere, insisto y tal como lo aplica nuestra CSJN en las causas penales, a la necesidad de respetar la unidad del hecho, del que se derivan o pueden derivar, otras lesiones o violaciones (Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 98, de 28/02/2003, párr. 155, y Caso “Tabares Toro y otros c. Colombia”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 491, de 23/05/2023, párr. 98); además, de los hechos posteriores, sobrevinientes, que, como tales, no hayan sido incorporados al informe de admisibilidad o al de fondo, que tienen un tratamiento especial.

Este caso, como tantos otros, tiene su particularidad; tal es, entre otras, que el origen de la violación del derecho a la estabilidad laboral del peticionario, se origina en una decisión de una entidad privada (la Universidad, empleadora), cuestión sobre la que la Corte IDH no ha de intervenir, habida cuenta -según lo dice- que sólo trata de las obligaciones de los Estados, de conformidad al art. 2 de la Convención. Es de utilidad que aclare, que también atrapa conductas de entes particulares (como los actos que resultan de clínicas y hospitales privados), cuando el Estado ejerce -o debe ejercer- un contralor sobre la calidad y eficiencia de las prestaciones. En este caso, no ingresó al análisis de lo actuado por la Universidad privada, sino que se ocupó de determinar si el Estado había cumplido sus obligaciones relativas a la protección judicial y al debido proceso legal, cuyas instancias finales habían sido contrarias al planteo de las demandas del peticionario.

Para no abundar, las conclusiones de la Corte IDH fueron las siguientes:

“El cumplimiento del artículo 25 de la Convención requiere, entonces, que los recursos judiciales tengan efectividad, es decir, que “den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley y que el análisis por la autoridad competente no se reduzca a una mera formalidad, sino **que examine las razones invocadas por el demandante y se manifieste expresamente sobre ellas**”. Sin perjuicio de lo anterior, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo una vulneración al derecho a un recurso eficaz, pues “podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido **oportunamente al procedimiento apropiado**” (Párr. 114, énfasis mío, pues hace al núcleo del debido proceso y, en particular, al alcance, contenido y finalidad de la casación).

El párr. 116, concreta el alcance del análisis que ha de hacer, relativo a los procesos judiciales. En sus palabras:

“Lo que el Tribunal puede y debe examinar respecto a tales procesos es si la presunta víctima contó con un recurso judicial apto para tutelar sus derechos y si en el trámite respectivo se observaron las garantías judiciales. Es decir, debe justipreciarse si, en el caso concreto, hubo una **posibilidad real de acceso a la justicia** y a si se han respetado las garantías del debido proceso” (énfasis mío).

La primera demanda, por nulidad del despido, por ausencia de prueba sobre los hechos imputados al actor, fue acogida; pero, apelada por la Universidad, fue revocada por ‘no estar la causal prevista en la legislación’, ya que el hecho de reclamo contra la Universidad, no había sido efectuado por el actor, sino por su hermano (“no se había referido a que la motivación del despido se basara en un acto propio”). La casación interpuesta le fue desestimada. Intentó, también, una demanda de indemnización por despido arbitrario, que le fue rechaza por extemporánea; recurrida, fue confirmada por la alzada. Interpuso una tercera demanda, por indemnización de daños y perjuicios ante un Juzgado Especializado en Trabajo de Lima, que le fue rechazada por incompetencia del tribunal. Los representantes, ante la Corte IDH, manifestaron que las autoridades judiciales del Estado no se pronunciaron sobre las violaciones al principio de presunción de inocencia, el derecho de defensa y el deber de motivación que habrían sido cometidas por la Universidad, en su trámite de despido. El Estado argumentó, que el peticionario no había satisfecho los requisitos para la procedencia de las acciones intentadas.

Llegados a este punto, mis eventuales lectores querrán saber, cómo habría de resolverse la cuestión, que enfrenta dos posiciones: la sustancial, de no satisfacer las obligaciones que resultan del principio de ‘protección judicial y debido proceso’, y la formal, de no haberse ajustado a los requisitos formales de los respectivos juicios. En nuestros códigos de procedimiento -en algunos, al menos-, el juez como director del proceso, al recibir una demanda, debe indicar los defectos que contiene, precisamente, para su adecuación por el actor y evitar el dispendio jurisdiccional de una excepción dilatoria. El art.34, inc. 5º, letra ‘b’, CPrCC de Chubut, establece:

“Deberes. Son deberes de los jueces:

b. Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades”.

Los peritos designados por la Corte IDH, indicaron que la legislación de Perú calificaba los despidos arbitrarios, en ‘nulos’ o ‘arbitrarios’; a los primeros, correspondía la acción restitutoria al trabajo y, a los segundos, la indemnización pecuniaria. El despido nulo, que debía acreditar el trabajador, contenía causales expresas, entre ellas, una queja contra el empleador o la afiliación a un sindicato o actividades sindicales, sin que esto cobije el despido causado por la denuncia contra el empleador hecha por un tercero ajeno a la relación laboral. El peticionario había sostenido que su despido era en represalia de la denuncia hecha por su hermano.

En el párr. 127, la Corte IDH recuerda que los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, no siempre serán favorables al accionante. En el párr. 128, la Corte sostiene que no corresponde a la Corte Interamericana determinar si la presunta víctima **satisfizo o no los requisitos procesales de las acciones** que presentó; no efectúa una valoración al respecto, pero sí advierte, a la luz de lo dicho, que no puede darse por acreditado que el Estado negara al señor Bendezú la posibilidad de acceder a la justicia. Y, concluye que, en el presente caso, no puede establecerse que el resultado desfavorable en sus reclamos constituya una violación de sus derechos convencionales. Por tanto, exoneró al Estado de Perú de toda responsabilidad. Y, éste, es el punto de inflexión al que quería volver.

En nuestro Derecho y, en general, en los sistemas americanos, el acceso a la justicia se hace a través de apoderados letrados y de patrocinantes. Adviértase que, a salvo la primera demanda, estimada en primera instancia, las restantes fueron rechazadas, una por ‘extemporánea’ y, la otra, por ‘incompetencia’. Respecto de la primera, la casación no quiso introducirse en las cuestiones de hecho, con lo que allí el estado cometía la primera transgresión. Sin perjuicio de ello, la segunda y tercera demandas son rechazadas, también, por cuestiones técnicas, que tienen que ver con ‘las formas’ de los procedimientos. Desde que el litigante requiere de abogado, es difícil imputar a aquél, el error ‘esencial’ que anula el acto y genera, en el caso, como consecuencia, la pérdida del derecho que quiere hacerse valer.

La pregunta del millón, como suele decirse en lenguaje coloquial, es determinar si los ‘procedimientos’ fijados por el Estado, son apropiados para el ejercicio de los derechos sustantivos, como el reclamo por un despido arbitrario. Respecto de la segunda demanda, si los 30 días ‘naturales’ (corridos) eran suficientes para interponer la demanda, cuando estaba pendiente la primera, que había tenido acogida en la primera instancia. No he tenido ocasión de revisar la doctrina del Derecho civil peruano, relativo a los casos en que se admite la

interrupción de la prescripción que, en nuestro Derecho interno, produce la interposición de una demanda, pues el art. 1996, inc. 3º, del CC de Perú, establece que la prescripción se interrumpe por:

“Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente”.

Y conforme al art. 1998, CC de Perú, la prescripción vuelve a correr a partir de la decisión final de la causa promovida. No advierto que los representantes hayan hecho valer estos dispositivos ni que los jueces de la Corte hayan requerido a los peritos designados opiniones sobre el punto. Un hecho ajeno a la víctima, como es el error esencial del letrado y de sus representantes ante la Corte IDH, dejan sin reparar un grave daño causado.

Me pregunto cómo y cuánto desluce e interfiere en el propósito declarado, tantas veces, por la Corte IDH, de un recurso rápido, fácil y sencillo, si los procedimientos, cuya fijación acuerda a los Estados, lo dificultan, tanto en el tiempo, en los requisitos, en las exigencias. La falta de ese análisis, deja a cargo de la Corte IDH una deuda pendiente, que pesa, obstruye e impide, el acceso a la protección judicial.

Según creo, este extenso desarrollo de un caso concreto, debe dejar a los lectores, cuando menos, una advertencia acerca del cumplimiento de las formas en ocasión del ejercicio de las acciones que promuevan. En mi larga experiencia profesional he tenido y padecido situaciones similares a ésta, aunque, en mi caso, sigo persuadido de que el resultado obtenido nunca debió ser adverso, desde que, habiendo planteado una acción de petición de herencia, imprescriptible, y una reivindicatoria de los bienes particulares de una herencia, con cita expresa de las normas en que las sustentaba, la decisión de la alzada de sostener que la acción promovida era por vicio de ‘lesión’, constituyó una doble violación: i) al art. 34, CPrCC, inc. 5º, letra ‘b’, por no marcar ningún defecto en la demanda, y, ii) por modificar, injustificadamente, la acción ‘para’ aplicarle el plazo de prescripción ni tan siquiera alegado por la demandada.

Estoy persuadido de que el sistema judicial argentino, en especial, el que rige por imposición del STJ del Chubut y, también, por las omisiones legislativas en adecuar las normas y procedimientos a los compromisos internacionales de la Nación, no atiende adecuadamente a las necesidades de la gente. Hay cierta tendencia a igualar ‘hacia arriba’, en función de los adelantos técnicos, que no están ni son adecuados a quienes no disponen de ellos. A modo de simple ejemplo, dos municipios de Chubut, impusieron la obligación de pagar el estacionamiento vehicular a través del celular; ello obliga, a quien está de visita e ignora tal exigencia, a abonar con su celular el importe que le indica la persona que tomó una fotografía de la patente de su auto; y, si no dispone de la aplicación respectiva,

debe concurrir a una oficina municipal, generalmente atestada de sorprendidos conductores que, para evitar gravosas multas, concurren a pagar el valor del estacionamiento.

Quise saber si la tan mentada ‘inteligencia artificial’, me daba una opinión acerca de lo que habría de entenderse sobre el recurso de casación. Le hice, por lo tanto, una pregunta lógica para obtener una respuesta razonada. Mi pregunta fue:

“Si para la Corte IDH, el recurso de casación debe ser rápido, sencillo y fácil, y si sus decisiones son obligatorias para los jueces, cuál debe ser para un abogado el significado y alcance de la norma legal sobre la interposición del recurso de casación, que establece: *Expresar el alcance de su impugnación y lo que desea que se anule, indicando concretamente las normas quebrantadas, las disposiciones violadas, erróneas o falsamente aplicadas, manifestando cuál es la ley o doctrina que ha debido aplicarse*”.

La respuesta del ChatGPT fue la siguiente:

“La norma legal sobre la interposición del recurso de casación implica que el abogado debe presentar el recurso de manera clara, indicando específicamente las formas que considera quebrantadas, las disposiciones mal aplicadas y expresar de manera concreta qué aspectos deben anularse. Esto busca que el proceso sea claro y preciso, en línea con la idea de rapidez, sencillez y facilidad que la Corte IDH establece para este tipo de recursos”.

Y, en la desazón y desesperanza de todos los días, uno termina pensando para qué queremos jueces, cómodos, omnipotentes y caros, si, haciendo la pregunta correcta, tenemos la respuesta correcta, sencilla y ajustada a la ley vigente.

10. La doctrina de la Corte IDH. Para no abundar en lo ya dicho y sin perjuicio de citar nuevos o, repetir, los ya citados fallos, debe entenderse que la doctrina de la Corte IDH, que relaciono como su *corpus iuris*, tiene carácter coadyuvante y complementario; ello significa que los derechos, libertades y garantías del Derecho interno, reforzados por la Convención ADH, otros instrumentos internacionales a los que la CN le ha concedido igual jerarquía (arts. 27, 31, 75, inc. 22, CN), las leyes que en consecuencia de esos instrumentos se dicten y otros tratados con potencias extranjeras, SON la Ley Suprema de la Nación. El Derecho interno argentino es más rico en decisiones específicas, que se aplican a las relaciones convencionales como a las consecuencias de los actos ilícitos y, en virtud del art. 29, CADH, será aplicable el Derecho interno argentino, en tanto resulte más beneficioso para la víctima.

Recuérdese que, en virtud de esa equiparación, la doctrina deja de ser de aplicación extra nacional; es obligatoria en virtud de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que prohíbe aplicar el Derecho interno si una convención

u otro instrumento internacional (por caso, la Declaración Americana) establece soluciones más convenientes para la víctima. Y cuando, este Derecho interno, no haya sido regulado, o contenga disposiciones menos beneficiosas para la víctima, deberá aplicarse el *corpus iuris* de la Corte IDH, que es la doctrina elaborada en las sentencias que dicta, que, en función de su carácter complementario, concurrirá a la solución del caso con una decisión más favorable. Ya he explicitado, que esta situación es compartida por la CSJN, que también la aplica o, cuando menos, así lo ha declarado en varios fallos.

La función complementaria, llamada por algunos, subsidiaria, no importa un desplazamiento de la Convención ADH u otros instrumentos, salvo cuando, insisto, el Derecho interno proporcione a la víctima una solución más beneficiosa. Ese carácter, ha sido declarado en la misma CN de 1994, cuando expresa que los citados instrumentos, no modifican ni alteran los derechos, declaraciones y garantías de la primera parte de la CN, la parte dogmática.

He sostenido, creo que aquí y en algún otro trabajo, que la Corte IDH acuñó una manifestación que, ciertamente, genera incertidumbre. Y no es la única. Sostiene que una sentencia favorable que ella dicta, es ya una forma de reparación. Esto es una verdad muy a medias, porque, solo moralmente y en algún caso de violaciones de derechos, adquiere visos de certeza. Cuando median daños materiales e inmateriales, no es posible decirle a la víctima que tenía razón, que el Estado violó sus derechos, y que cabe dar a publicidad el hecho para que no se repita, o situaciones similares a éstas. El art, 63.1, CADH, establece, claramente, que deben repararse los daños causados por el ilícito estatal, en sus dos vertientes (daño emergente y lucro cesante) y, además, establecer una indemnización; todo ello, bajo la denominación de lo que la Corte IDH, siguiendo una costumbre internacional, llama la *restitutio in integrum*, que no es otra cosa que la reparación integral, contenida en el art. 1740, CCC.

La otra manifestación, es la concesión de indemnización en ‘equidad’, que es una buena forma de fijar reparaciones nominales, inferiores al daño causado. Además, el sistema de equidad es ajeno al Derecho continental europeo y al nuestro, con lo que es corriente verificar que las reparaciones, aun cuando la sentencia refiere a los *haberes* dejados de percibir, que es la más y real y concreta de las pérdidas, la Corte IDH ‘prescinde’ del principio al que aquel brocárdico romano refiere (entre muchos, Caso “Casa Nina c. Perú”). Al obrar de ese modo, como en su momento dijo nuestra CSJN, allá por los 60 del siglo pasado, si queda algún daño sin reparar, la indemnización no será plena, lo que equivale a decir que ‘no será justa’ (CS, “Santa Fe, Provincia c. Nicchi”, antes citado).

Otro efecto de interés del *corpus iuris* de la Corte IDH, que, en alguna medida, difiere de lo que acaece con la doctrina de la CSJN, es que es aplicable a todos los Estados parte, aunque no hayan intervenido en el caso en que se origina

una determinada doctrina. En el caso de la CSJN, si bien ha dicho que los tribunales inferiores deben adoptar ‘lealmente’ su doctrina, la misma está, como principio, ajustada y reservada al caso en que fue dictada. No obstante, como ya he citado, aquella afirmación de la sentencia en el caso “Bertuzzi” (Cons. 36), en que afirma la necesidad de no modificar su jurisprudencia injustificadamente porque en ella se encuentra el reservorio de respuestas adecuadas al derecho vigente, y, de ese modo, evitar recriminaciones jurídicas, pone en evidencia su intento de permanencia. Bien marca la doctrina que, la inconstitucionalidad de una norma nacional, declarada por la CSJN, no deroga la ley, pero la excluye de la solución del caso. Cosa distinta ocurre en la CChu, donde una disposición expresa, el art. 175, establece que:

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva”.

Ello no implica, insisto que, en función del carácter difuso de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas, no puedan todos los jueces provinciales declarar la inconstitucionalidad, incluyendo las leyes nacionales. Es claro que sí pueden hacerlo pues, en la mayoría de los casos, son leyes nacionales las que los jueces de ordinario aplican.

Aunque algunas decisiones de la Corte IDH, no adecuan a mis opiniones y las he criticado lealmente, con razones jurídicas y fundamentos normativos explícitos, ha de tenerse en cuenta su importancia, porque supone el contralor de los Estados parte en la Convención ADH, fundamentalmente, sobre el respeto que sobre éstos pesa, con relación a los derechos, libertades y garantías que merecen las personas en su dignidad de tales. La expansión de los derechos humanos es una consecuencia del accionar de la Corte IDH; es como abrir a la luz, haciéndolos explícitos, los contenidos en el art. 33, CN.

Y, obsérvese, que nuestra CSJN, tantas veces llamada por ella misma, como soberana intérprete de la CN, ha dejado de serlo cuando, de lo que se trata, es de los derechos humanos que la Convención ADH y otros instrumentos que aquella relaciona, los contiene, los referencia, los explicita y, en definitiva, los consagra. Sin descuidar el alcance y objeto del art. 27, CN, la doctrina de la Corte IDH, asegura, en gran medida, el ejercicio de nuestros derechos y libertades.

Queda pendiente, en el sistema previsto en la Convención ADH, la remoción del art. 61.1, para que cada peticionario, víctima de violación de sus derechos humanos, pueda acceder, directamente, a los estrados de la Corte IDH, ejerciendo el *locus standi* y el *ius standi*, como así ocurre en Europa. No he refrenado mis impulsos y he reclamado del señor Secretario General de la OEA, que convoque

con urgencia a los Estados parte para que se elimine esa disposición, que sólo permite a la Comisión IDH y al Estado, acceder directamente a los estrados de la Corte IDH. Acaso, ¿no es la persona, el titular exclusivo de los derechos humanos? Acaso, ¿no es facultad, sino obligación, del Estado parte en la CADH, reconocer y garantizar los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción? Y, aunque no he tenido respuesta, he reclamado a la Corte IDH, que dice ser la titular del orden público internacional de los derechos humanos, que convoque a la Comisión a sus estrados, para que presente las demandas, en todos los casos en que ha declarado la existencia de violaciones de los Estados y, éstos, no han cumplido sus recomendaciones. Ahí sí tuve respuesta, pero fue que me dirigiera a la Comisión, con lo que el orden público internacional de los derechos humanos está huérfano de sustento institucional.

Ha dicho la Corte IDH, que el carácter complementario de la jurisdicción internacional, significa que el sistema de protección instaurado por la Convención ADH, no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa (Corte IDH. Caso “Duque c. Colombia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 310, de 26/02/2016, par. 128; Corte IDH, Caso “Colindres Schonenberg c. El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 373, de 04/02/ 2019, párr. 74).

No obstante, esa afirmación, ha dejado en claro, sobre la base del principio del *effect útil* (la eficacia o efecto útil) de las medidas de la Convención ADH, que:

“las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios [...] en el plano de su derecho interno” (Corte IDH, Caso “Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) c. Brasil”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 219, de 24/11/2010, párr. 177).

En directa correlación con la afirmación precedente, ha dicho que:

“Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, [...] el poder judicial debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana de DDHH” (Corte IDH, Caso “Almonacid Arellano y otros c. Chile”. Excepc. Prel., Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 154, de 26/09/2006, párr. 123).

Esta afirmación es directa consecuencia o efecto del control de convencionalidad, elaborado a partir de la sentencia del Caso “Almonacid Arellano c. Chile”, Sent. N° 154, de 26/09/ 2006, párr. 123, que acabo de citar, y que tiene numerosas sentencias que lo corroboraron. Para decirlo en palabras llanas, el control de convencionalidad en relación a la Convención ADH, es equivalente al control de constitucionalidad, con relación a la CN; sólo que, integrando la CADH

la Ley Suprema, ambos controles se superponen cuando se trata de interpretar y aplicar una norma convencional, devenida en constitucional por imperio de los arts. 27, 31 y 75 inc. 22, CN. Ambos controles, tienen carácter ‘difuso’, deben efectuarse de oficio y declarar que, determinada ley, es inconstitucional por ser anticonvencional. Por ello es que no dudo en sostener que, quien inaplica y, por tanto, viola la Convención ADH, está inaplicando y violando la CN, la constitución de la provincia, en cuanto se ha subordinado, de modo expreso, a los instrumentos que la Nación ha celebrado. Y, por ello, es que propongo se aplique, con seriedad, convicción y certeza, las consecuencias que devienen de tal improcedente conducta.

Y, alerto al lector, recordando que varios instrumentos internacionales disponen de Comités, que interpretan las normas de sus respectivos instrumentos, pero tales interpretaciones, a menudo ‘interesadas’ en determinados temas, a impulso de otros entes de presión (repárese en algunas reservas efectuadas por la premier italiana, señora Giorgia Meloni, con relación a la perspectiva de género), no son, necesariamente, vinculantes para los órganos y jueces del Estado. El art. 27, CN, es el valladar de tales inmisiones que se pretenden imponer en el Derecho interno del Estado; es el orden público interno de la CN o ámbito de reserva nacional, que evita el ingreso de doctrinas extrañas a su contenido axiológico. Y, como ha dicho nuestra CSJN, opera respecto de la interpretación *pro homine* de los instrumentos internacionales (CS, *Fallos* 328:2056; 329:2265 y 5762).

En todo caso, en la interpretación constitucional, como instrumento sistematizado, sus distintas partes forman un todo coherente y:

“en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto” (CSJN, 11/12/2003, “Brusa”, *Fallos* 326:4816, Cons. 9º, y *Fallos* 240:311).

El contenido del párr. 123, de la sentencia del Caso “Almonacid Arellano”, por su claridad, amerita su transcripción íntegra, especialmente, en la temática que aquí abordo (los recursos), pues ‘compromete’ al Poder Judicial al vincularlo directamente con la obligación de adecuar el Derecho interno y de respetar los derechos reconocidos:

“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece **vinculado al deber de garantía** establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe **abstenerse de aplicar** cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o

funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de **cualesquiera de sus poderes u órganos** en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana” (énfasis mío).

Lo he planteado así, tantas veces, a jueces, cámara y STJ, que es increíble que tratándose de abogados, cuyo conocimiento, aunque rudimentario de la hermenéutica aceptada por nuestra CSJN, no lo entiendan, no lo apliquen, no lo respeten y, de esa forman, violenten la Ley Suprema, con la consecuencia añadida del daño que le hacen al justiciable y a la propia administración de justicia. Conducta impropia, cuya perversidad, hace que la promesa de ‘afianzar la justicia’, eternice la ilusión del Pueblo.

Con cierta pena y bastante de frustración, debo decir que muchas decisiones judiciales, pléoras de los citados defectos, llevadas al conocimiento de la Comisión IDH, para su tratamiento y eventual acceso a la vía contenciosa de la Corte IDH, no logran pasar el filtro del análisis previo que ese órgano está, estatutariamente, obligado a efectuar (arts. 41 y 44 a 51, Convención ADH). En gran medida, la razón está en la gran cantidad de denuncias que se le someten y el escaso personal jurídico de que dispone. Véase, que los casos que recibe se cuentan por decenas de miles, en tanto las sentencias de la Corte IDH llegan, hoy, a 504 en toda su existencia, muchas de las cuales son de interpretación de sus propias sentencias.

De todos modos, el carácter complementario del *corpus iuris*, se va convirtiendo, poco a poco, en Derecho interno obligatorio y, en nuestro caso, del más alto nivel jurígeno, a partir de la equiparación que la reforma de la CN de 1994, hizo de la Convención ADH y de otros instrumentos internacionales, a la propia CN, como resulta de los arts. 27, 31 y 75, inc. 22, CN, varias veces aquí citados. No en vano, el párr. 124, del fallo en el Caso “Almonacid Arellano”, culmina afirmando:

“En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Es menester aclarar, como lo ha dicho la Corte IDH, que, en principio, no le corresponde a ella valorar si los tribunales internos realizaron una correcta apreciación de su Derecho interno (Corte IDH, Caso “Pollo Rivera y otros c.

Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N°319, de 21/10/2016, párr. 192). Pero sí puede:

“examinar, en el contexto de un caso concreto, el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar la compatibilidad con esta última de dicha ley” (Corte IDH, Caso “Cantoral Benavides c. Perú”. Exceps. Prels. Sent. N° 40, de 03/09/1998, párr. 45).

De donde resulta que, al final de cuentas, el control de convencionalidad, a la vez que se lo impone a los Estados, termina haciéndolo ella misma a fin de determinar si las decisiones locales afectaron o no los derechos y garantías reconocidos en la Convención ADH. Hago constar, para utilidad de mis lectores, que nuestra CSJN, ha emitido sobre el punto, la siguiente doctrina:

“Por expreso mandato de la Ley Fundamental, todos los jueces integrantes del Poder Judicial -nacional y provincial- pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas y actos, y ese “poder – deber” de aplicar con preeminencia la Constitución y las leyes de la Nación, constituye no sólo el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional sino, más aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (provincial o nacional)” (CS, 01/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque, Recurso de Revisión, Expte. N° 40779”, *Fallos* 311:2478, voto del juez Belluscio).

Dice la Corte federal, con absoluta claridad, que:

“En el sistema constitucional argentino la primera y más fundamental función que incumbe a los jueces es la de proteger las garantías constitucionales, declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlas. Admitir lo contrario, implicaría tanto como atribuir al Estado potestades inconciliables con el ordenamiento jurídico argentino” (CS, 21/09/1989, “Cía. Azucarera Tucumana SA. c. Estado Nacional s/ expropiación indirecta”, voto del juez Fayt, *Fallos* 315:1725).

Que la CSJN y, en especial, los jueces y tribunales de las provincias y de la Nación, cumplan esas elevadas obligaciones, es tarea diaria, talentosa, permanente, ilustrada, que pesa sobre todos y cada uno de los abogados. Este estudio, insta a que así se haga.

11. Los disuasivos penales. Las barreras disuasivas de las conductas prohibidas por la ley, como el dictado de resoluciones contrarias a las constituciones, nacional y provinciales, distan mucho de tener la soberbia y eficacia del ominoso ‘Muro de Berlín’, en épocas de la guerra fría. Más bien, como nos anoticia con estupor, para unos y acostumbramiento para otros, la crónica diaria, los límites de la ley -de la Ley Suprema ni hablemos- no atajan ya las acciones delictivas de un conglomerado social muy difícil de identificar y separar. A modo de ejemplo, en

un accidente de tránsito en que dos mujeres quedan lastimadas tras volcar el automóvil en que viajaban y una de ellas conducía, que quedó asentado en la banquina sobre su techo, aparece un móvil policial que, apenas si se detiene y sigue viaje, desoyendo el ruego de las mujeres. Van arribando otros vehículos, cuyos conductores, en lugar de ayudarlas, les roban sus carteras y otras pertenencias, y hasta hacen tiempo para llevarse las cubiertas del rodado. Un camión cargado de cerdos, se vuelca en una ruta cercana a un poblado; mucha gente del lugar y conductores que transitan por allí, se llevan los cerdos muertos y matan muchos vivos, que carnean allí; ninguno se ocupa del conductor, atrapado en la cabina. Unos ‘moto chorros’, rompen un vidrio lateral de un auto y, a punta de pistola, se llevan un bolso con dinero; en la fuga, pierden parte del dinero que se esparce en una calle muy poblada; muchos de los viandantes se apoderan del dinero y se lo llevan.

Muchos dicen que es consecuencia del ejemplo de la corrupción de quienes gobiernan; otros, que es producto de las necesidades a que está sometida casi la mitad de la población (45% de pobres). Cualesquiera fueran las razones, la decadencia moral campea, aunque no todos ni muchos de los pobres, que viven de su trabajo, son ladrones ni deshonestos. No tengo en mis manos la solución de los problemas que aquejan al Pueblo; como abogado que soy, he jurado defender la CN y la de CChu, provincia de mi elección -a la que le he dedicado ya 58 años de mi vida-, defender el Estado de Derecho y hacer lo posible por el mejoramiento de la administración de justicia. En esa tarea estoy, recogiendo enemigos poderosos, por mis críticas a las conductas desenvueltas; lo hago opinando, escribiendo y compartiendo mis escritos que se publican, especialmente, en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y remito a amigos y conocidos para que los difundan y critiquen; de cada uno, recibo felicitaciones, plácemes y coincidencias. Y ello, me alienta. Siguiendo a San Marcos, voy preparando el camino y allanando senderos; acaso, ¿no es una gran alegría la esperanza de tener Justicia?

Pero, cuando en el ejercicio de la defensa de derechos ajenos, veo que las decisiones judiciales contradicen, no sólo la ley procesal, que es su herramienta usual, sino la Ley Suprema, tal como es y la concibo (CN, CADH, otros instrumentos internacionales equiparados a la primara, las leyes nacionales consecuentes, otros tratados, la CChu), aquellas obligaciones asumidas me impelen a tratar que, situaciones como esas, desaparezcan de los ámbitos judiciales, empezando por el STJ de Chubut, cadalso en el que columpian derechos inalienables que, resumo, en el derecho humano a la decisión justa.

Por ello es que propongo la plausible aplicación de las normas penales que protegen bienes jurídicos, indispensables para erradicar graves desvíos funcionales y que permitan lograr, especialmente, corrección en la administración

de justicia. Así, el Código Penal de la Nación prevé normas como los arts. 248, 269 y 274, a cuya consideración y estudio me avoco. Lo hago, después de haber transitado por otros órganos de contralor de conductas funcionales, como el Consejo de la Magistratura, donde se encubren faltas graves (CM) y el Tribunal de Enjuiciamiento (TE), donde, al menos en un caso, advierto que no se ajustan sus decisiones a las normas precisas del ordenamiento vigente, con apego a las circunstancias comprobadas en la causa.

El art.248, Código Penal de la Nación (CPN), bajo el Capítulo IV, Parte especial, “Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos”, establece:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble de tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

La primera observación que me merece es la lenidad de la pena. Se trata de una función pública que, para asumirla, cuando menos, debió exhibir el aspirante la condición de idoneidad (art. 16, CN). Cuando se trata de magistrados del Poder Judicial, de la Nación como de las provincias, y de funcionarios del MPF, las normas prevén un número razonable de años de ejercicio profesional y una capacitación que se pone en juego en concurso de antecedentes y oposición. Y, aunque no siempre son designados los mejores, los que asumen, deben jurar su respeto a las constituciones, Nacional y provincial.

Según pienso y aduno mi pensamiento con una razón que estimo ilevantable: La Constitución, la nacional y la provincial, es la madre de todos nuestros derechos, libertades y garantías; es Ley Suprema, contrato social y almácigo feraz de garantías. Cada uno de los ciudadanos y, en alguna medida y circunstancia, los habitantes, tienen no sólo el deber de respeto, obediencia y acatamiento, sino el de ‘sostenerla’ a través de todos los medios que proporciona el sistema republicano, la democracia constitucional y el Derecho vigente. Y, por esa misma razón, cuando la violación proviene de los funcionarios y magistrados del más alto nivel institucional, la pena que merecen por su inconducta, debe ser la mayor. No bastará el mote constitucional de ‘miserables traidores a la patria’ (art. 29, CN).

En la doctrina penal, D’Alessio y Divito, marcan pautas de aplicación de esta norma (art. 248, CPN) a la conducta de funcionarios, que tiene momentos o circunstancias: i) el dictado de órdenes o resoluciones contrarias a las constituciones y a las leyes, nacionales o provinciales; ii) la ejecución de tales órdenes y resoluciones, por parte del mismo funcionario o de otro; ambas figuras

son ‘comisivas’; y, iii) no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere; aspecto ‘omisivo’ de la figura penal, cuyo bien jurídico protegido es el regular funcionamiento de la administración pública y la legalidad de los actos.

El principio de legalidad (art. 19, CN; art. 9, CADH), opera allí con fuerza, pues nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. El ciudadano, el habitante, habrá enajenado su libre albedrío y su libertad, a la voluntad del funcionario, si a ella queda sometido; el principio de legalidad significa, también, que protege a la persona de los desvíos de los funcionarios y, a un tiempo, indica el camino del actuar, de la conducta correcta. Es decir, la función docente de la ley que, si la expresión no fue creación mía, la he adoptado como tal. El Derecho Penal no prohíbe; no avanza contra la voluntad del individuo; simplemente, pune la conducta cuando ésta ataca un bien jurídico protegido.

El art. 9, Convención ADH, establece:

“Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La primera proposición, traduce, aunque con otra formulación, el principio de reserva, aunque debe leerse en el sentido de que, acciones y omisiones, no deben causar daño a otro, pues es el límite de la libertad, impuesto por la obligación pasiva universal (*alterum non laedere*) que, según nuestra CSJ, tiene raíz constitucional (CS, 04/05/2021, “Gobierno de CBA c. EN”, *Fallos* 344:809; CS, 26/09/2017, “Goyenechea”, *Fallos* 340:1296; CS, 18/06/2008, “Berna c. Bertoncini”, *Fallos* 331:1488; CS, 21/09/2004, “Aquino”, *Fallos* 32/:3753; CS, 01/02/2002, “Gorosito”, *Fallos* 325:11: “expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (CS, 21/04/1992, “Gómez c. Clerici”, *Fallos* 315:780).

La decisión en “Grippo”, merece ser transcripta:

“Las normas previstas en el Código Civil, reglamentarias del principio constitucional *alterum non laedere* consagran la reparación integral del daño -en sentido similar, art. 1740 del actual Código Civil y Comercial de la Nación-, cuyo norte es procurar la justa reparación de todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio o en sus derechos o facultades y en ese marco, la conducta de la víctima sin incidencia causal no puede menoscabar su derecho a ser resarcido en forma plena” (CS, 02/09/2021, Grippo”, *Fallos*

344:2256; voto de los jueces Maqueda y Rosatti. Del dictamen de la Procuración General al que el voto remite).

La segunda proposición del art. 9, CADH, es la prohibición de retroactividad o, lo que sería lo mismo, la ultraactividad de la norma derogada si, en materia penal, es más favorable al imputado. He podido comprobar que, en un caso reciente, el HTE aplicó una norma más gravosa vinculada a la extensión de los plazos establecidos para la investigación de conductas funcionales y, ello, a pedido del CM a la Legislatura. Y es, apenas, una de sus violaciones.

Desde que este estudio está vinculado a los recursos y, en especial, al de casación, el principio de legalidad tiene aristas que, prácticamente, tocan a todos los derechos garantizados por la Convención ADH, con lo que daré algunos ejemplos de decisiones de la Corte IDH que apuntan a asegurar que las obligaciones del Estado se cumplan, y que los derechos de las personas no sean conculcados. No olvidaré que, en este parágrafo, trataré de los límites penales al libre albedrío de jueces y funcionarios. Aunque los títulos no me obligan, los eventuales lectores exigirán coherencia correlativa.

En el Caso “Caesar c. Trinidad y Tobago”, la Corte IDH ordenó al Estado adecuar su Derecho interno:

“en cuanto imposibilitaba a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección frente a violaciones de sus derechos humanos” (Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 123, de 11/03/2005, párr. 133).

En el Caso “Yatama c. Nicaragua”, la Corte IDH ordenó al Estado:

“establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral” (Exceps. Preliminares, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 127, de 23/06/2005, párrs. 254 y 255).

En el Caso “Castañeda Gutman c. México”, le ordenó al Estado completar el proceso de adecuación del Derecho interno, de manera que:

“se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido” (Exceps. Prels., Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 184, de 06/08/2008, párr. 231).

Y la obligación de adoptar las medidas necesarias, para asegurar el correcto y efectivo ejercicio del recurso de hábeas corpus, en supuestos de desaparición forzada de personas (Corte IDH, Caso “Blanco Romero y otros c. Venezuela”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 138, de 28/11/2005, párr. 104). Así como asegurar la convencionalidad y legalidad de una detención, que la misma no sea llevada a cabo por autoridades municipales, sino con intervención de una autoridad judicial y sea ésta quien entienda en los recursos que planteen (Caso “Chaparro Álvarez y

Lapo Íñiguez c. Ecuador”. Exceps. Prels., Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 170, de 21/11/2007, párr. 268).

Pero, como otra arista en sentido contrario, y a fin de no perturbar el normal desenvolvimiento del proceso de investigación de los delitos, declaró que se viola el derecho al acceso a la justicia de la víctima, cuando un recurso de amparo se transforma:

“en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad” (Corte IDH. Caso de la “Masacre de las Dos Erres c. Guatemala”. Excep. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 211, de 24/11/2009, párr. 124); con lo que impuso a Guatemala la obligación de adecuar el recurso de amparo a fin de que cumpliera adecuadamente el fin para el que fuere previsto (párr.240), y con ajuste a los estándares interamericanos de protección de los derechos humanos (párr. 242).

Aunque obvio, hago constar que el principio de legalidad, en tanto imposición del art. 2, Convención ADH, no sólo vierte sus efectos jurídicos sobre el procedimiento y los recursos, sino también sobre el cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte IDH; obligación que impone, también, a las decisiones de los órganos internos. Es falta de cumplimiento oportuno, y lo es, el término fijado en la propia sentencia, que es generoso y extenso (un año, a menudo); implica el incumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención (Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas c. Perú”. Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 98, de 28/02/2003, párr. 167). Ya me he referido a esta obligación de cumplimiento; agrego, ahora, que la Corte IDH mantiene abierta la causa a fin de ejercer el control del cumplimiento de la sentencia. En algún supuesto reciente, ante la pretensión del Estado de cumplir, tardíamente, con el pago de la indemnización, le exigió que actualizara al valor actual de moneda, en la cantidad suficiente para adquirir los dólares americanos que integran habitualmente la condena pecuniaria.

El Caso “Mendoza c. Argentina” (Corte IDH, Exceps. Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sent. N° 260, de 14/05/2013, párr. 330), es también relevante en orden al principio de legalidad, porque allí impuso al Estado nacional adecuar el Derecho interno de modo que fuera posible la interposición del recurso de casación, destacando su efecto útil. Ese fallo muestra la íntima vinculación que la Corte IDH asigna al recurso de casación con el principio del art. 8.2,h, CADH. El párr. 301, dice:

“El Tribunal también resolvió que de la literalidad de las normas pertinentes, a través del recurso de casación no es posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias (supra párr. 253) por un tribunal superior. Por lo tanto, la Corte estimó que el Estado violó el derecho reconocido en el

artículo 8.2.h) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas ya mencionadas”.

No toda decisión que inaplica una ley o una disposición constitucional, caerá bajo la lupa revisora de la investigación penal. Por obvias razones, las cuestiones de mera interpretación, en la que campean opiniones diversas por inexistencia de claridad del legislador, quedarán fuera de la imputación penal. Pero, aquellas que se aparten de la letra clara de la ley (primera regla de interpretación, convalidada por la hermenéutica de la CSJN) y, aún, de la intención del legislador (regla también aceptada por la CSJN), deberá (destaco mi imperativo) ser sometida al escrutinio, cuidadoso, preciso y severo de la investigación penal. Lo de ‘severo’, no apunta a ánimo persecutorio *per se*, sino a evitar toda suerte de desvíos que, en la justicia de amigos, son, lamentablemente, abundantes. Encubrir una falta grave de una juez de cámara, que no se excusa debiendo hacerlo, porque el encubridor es ‘colega’, muestra un desvío funcional grave, pero, también, un déficit moral. Para mí, tiene mucho que ver con la ‘decencia’, esa materia de la conducta que se va aprendiendo desde el pecho materno. En apoyo de lo afirmado al inicio de este párrafo, encuentro una sentencia de la CFed. Crim. y Correc., sala F, 10/08/2001, “Fretes” (citada por D’Alessio y Divito), en que se sostuvo que resulta atípica la conducta consistente en el dictado de una resolución que no resulte una manifiesta oposición a preceptos claros y terminantes contenidos en las leyes.

Como he padecido la situación inversa, motivo por el que, siguiendo instrucciones de mi cliente, formulé la denuncia penal contra los cuatro jueces penales, que así obraron. Respecto de una de ellas, mujer, a cargo de la ejecución, omitió aplicar la disposición clara del art. 146, CPPr del Chubut, que establece, para el cómputo del plazo de la *probation*, deducir el tiempo que la causa ha recorrido los estrados de los tribunales, en trámite de los recursos extraordinario, local y federal. La omisión, integra el supuesto del punto iii) de la norma en cuestión (art. 248, CP), y comete el delito el funcionario a quien compete la aplicación y ejecución de la ley (D’Alessio y Divito, *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1232).

La consecuencia de la omisión es doblemente grave: Por un lado, beneficia al imputado pues, cumplido el plazo, procede el sobreseimiento y así se declara, con el agregado que, al recurrirlo, deniega el recurso sosteniendo que a la víctima la ley no le asigna la facultad de recurrir del sobreseimiento; además, yo me presentaba como querellante, con poder especial al respecto y había participado en tal carácter, en todo el proceso. Dejando de lado la violación de la Ley Suprema (arts. 18, CN; y arts. 8.2,h y 25.1, CADH), existe en el CPPr de Chubut una norma expresa, que establece, entre los derechos de la víctima:

“Art. 99, inc. 11. a impugnar el sobreseimiento, siempre que haya solicitado ejercer este derecho, y la sentencia en los términos del artículo 379, II párrafo”.

Si bien el art. 363, CPrP de Chubut, es un altar de contradicciones, los jueces tienen la obligación de inaplicar las leyes que violentan la Ley Suprema (tal como la concibo y he indicado aquí); y aplicar los principios, tal como ordena el mismo art. 1º, CPrP de Chubut. El art. 363, dice:

“PRINCIPIO GENERAL. Las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas por este Código.

*El derecho de impugnar una decisión corresponderá **tan sólo a quien le sea expresamente acordado.***

Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio”.

Este texto, contradice el art. 17, del mismo Código, que dispone:

*“IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. IMPARCIALIDAD. Se garantizará la intervención de las partes **con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución de la Nación y de la Provincia, y en este Código.***

*Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo **allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten**” (primer y segundo párrs.; énfasis mío).*

Si todas las partes (imputado, querellante, fiscal, cuando menos) tienen iguales facultades y es un principio dirimente, que impone a los jueces asegurarlo, debió la señora juez en la causa a que me refiero, conceder el recurso contra el sobreseimiento.

El art. 379, CPrP Chu, establece:

“LEGITIMACIÓN DE LA VÍCTIMA Y DEL QUERELLANTE. IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA.

*La **víctima** podrá impugnar el sobreseimiento, siempre que haya solicitado ser informada.*

*El **querellante** podrá impugnar el sobreseimiento, la absolución y la condena cuando la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida”.*

Además de las tres normas expresas, del principio de igualdad del art. 17, del art. 99, y del 379, CPrP, el art. 1º, establece un principio general que reenvía a las normas superiores del ordenamiento lo que, fácilmente, puede aplicarse según su texto; dice:

*“Rigen en el procedimiento penal todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los Tratados internacionales incorporados a su mismo nivel [Artículo 75 (22), C.N.] y en la Constitución de la Provincia [C.Ch.], Artículos 42 a 53, 18 (9), 19, 21 y 22, como normas superiores **inderogables** para los poderes públicos y los particulares [Artículo 31, C.N.; Artículo 10, C.Ch.], sin perjuicio de las que se ratifican y subrayan en el presente Código.*

*Dichas disposiciones son de aplicación **directa y prevalecen** sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa e **informan toda interpretación** de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal.*

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá ser hecha valer en su perjuicio”.

No se advierte ninguna dificultad en aprehender, entender, aplicar y disponer, que las normas superiores del ordenamiento, además de inderogables, de su aplicación directa y prevalente, y que informan toda interpretación de las leyes, **son** criterios para validar actos procesales. Intento encontrar una respuesta para entender por qué no hacen lo que tan clara, literal y explícita norma ordena. Y, ello, porque no me quiero adherir al pensamiento de mi cliente, por respeto a la ‘persona’ de los funcionarios.

Además del perjuicio que se efectúa a la víctima, con el agregado que, durante el plazo de la prueba, el imputado siguió cometiendo los mismos delitos confiriéndole un *bill* de impunidad que afecta la administración de justicia.

Hay otra cuestión que debe resolverse; el juez de primera instancia que viola la norma o la inaplica, debiendo resolver conforme a ella, comete el delito. Y, qué pasa, cuando la cámara o el STJ, confirman ese decisorio. El defensor del juez primero dirá, por ejemplo, que sigue el criterio de su alzada y, ésta, afirmará lo mismo diciendo que es la doctrina del STJ. Y, entonces, cómo se resuelve la cuestión, cuando es la CSJN quien sostiene que la interpretación o inaplicación de la norma, contradice su tenor literal; todavía más, cuando ya ha dicho, respecto de la misma norma, que la interpretación que el STJ hace de la misma es contraria a su texto. Como principio, aplico el art. 22, CChu, cuyo segundo y tercer párr. dicen:

*“Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o **instigue** la violación de los derechos humanos u **omita** tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación.*

La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad”.

Si el superior del juez ‘consiente’ la violación (o la omisión) y no la revoca, está incurso en la conducta reprimida. Es verdad que los jueces reservan un cierto

ámbito de libertad en la interpretación y aplicación de las normas, pero no al punto de no aplicar normas claras. Las doctrinas contrarias del superior no obligan al juez, si las tales doctrinas son contrarias a la norma clara. Según el Diccionario panhispánico del español jurídico (2023), instigar es:

“incitar, provocar o determinar a alguien para que haga algo, en particular si es negativo”.

El párrafo final de la sabia CChu, es terminante: las órdenes superiores no excusan la responsabilidad, que resulta de la violación normativa.

Siguiendo jurisprudencia que los autores, antes citados, consignan, llego a la conclusión que mi pensamiento, en el sentido de que TODOS son responsables penalmente, de la violación de la norma y de la omisión, es correcto. Dicen los autores que vengo citando que:

“La contrariedad de la resolución o la orden con la norma violada puede reconocer dos motivos. El primero consiste en que el acto implica el ejercicio de una facultad que el funcionario no tiene, sea porque no se encuentra prevista o porque expresamente ha sido prohibida. El segundo radica en que, si bien el acto se encuentra dentro de las facultades conferidas al funcionario, en el caso en particular los supuestos fácticos que autorizan su ejercicio están ausentes” (Op. y loc. cit., p. 1230).

Como es posible observar, en la estructura del delito, hay elementos objetivos, como la claridad de la norma violada u omitida, y subjetivos que apuntan a la conducta del funcionario, a la intención que lo lleva a violar la norma u omitir su cumplimiento. Según los autores que cito, el dolo (elemento subjetivo) que requiere esta figura, es la actuación “a sabiendas de la contrariedad del acto o la omisión con la Constitución o la ley”. Los autores imputados, en el caso de los jueces, no sólo son abogados, sino ‘jueces’ y jueces con especialización en la temática que a diario abordan (penal y procesal penal). Como el texto del art. 102, CPRP de Chubut (y art. 195.3, CChu) es clarísimo, no requiere lucubración alguna, bastando su lectura, el dolo se demuestra en la voluntad de violar la ley; o, lo que es lo mismo, omitir su aplicación. Con supuesto presumible o plausible, como es favorecer el interés del imputado, a quien ya se ha favorecido con una *probation* que no encaja ni con fórceps en la letra de la ley de fondo (art. 76, bis, CP). Esta presunción, lo único que hace, es descalificar el concepto que el Pueblo se forma de los jueces y, ello, afecta a la administración de justicia, y a la administración pública, que es el bien jurídico protegido por la figura penal.

Para que no quede duda, me permito transcribir las afirmaciones de los profesores que vengo citando:

“En el supuesto comisivo de dictar resoluciones u órdenes, la voluntad del sujeto de violar la Constitución o la ley dictando una resolución u orden **que**

sabe que implica una facultad que la Constitución o la ley no confiere o expresamente prohíben, o que no se presentan las circunstancias fácticas en que la Constitución o la ley autorizan su dictado” (Op. y loc. cit., p. 1231, el énfasis me pertenece).

En el caso de los cuatro jueces penales denunciados, frente a una norma clara y precisa, de cuya lectura no resulta ninguna duda, lisa y llanamente la inaplican. Los jueces no pueden alegar que no saben leer ni, tampoco, que ignoran la ley o la Constitución por la que juraron respetar al asumir el cargo. Cualquier persona sensata, debe pensar que, cuando más encumbrado es el funcionario, mayor debe ser la exigencia en el cumplimiento de sus funciones. Así, los jueces de cámara y del STJ responden por las decisiones contrarias a la Constitución y a la ley, cuando su aplicación, como en el caso de mi denuncia, es clara y, por añadidura, la CSJN le ha dicho al STJ que su interpretación es contraria al texto constitucional; ni qué decir, del procesal, que es más claro todavía. Lo transcribo para que el lector saque sus conclusiones:

*“Art. 102. QUERELLANTE AUTÓNOMO. ENTIDADES PÚBLICAS. En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, **podrán provocar la persecución penal** o intervenir en la ya iniciada por el fiscal. Las entidades del sector público podrán participar en el proceso según lo dispuesto en el Artículo 195, II, inciso 3, última cláusula, C.Ch. para coadyuvar en la persecución penal. La participación de la víctima como querellante, del Fiscal de Estado, del Fiscal Anticorrupción u otros funcionarios según previsiones de leyes especiales, no alterará las facultades concedidas por la Constitución [Artículo 195, C.Ch.] y las leyes al fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades”.*

Negada, por la señora juez penal, el derecho de la víctima a provocar la persecución penal, desestimado el escrito de apertura a tal fin presentado (art. 274, CPrP), dos jueces del Colegio de Jueces, rechazaron mi recurso. Reclamé al Fiscal Jefe la designación de un fiscal para que formalizara la apertura, con mejor argumentación y prueba, pero guardó silencio. Le pedí, entonces, al señor Procurador General de la Provincia que designara uno y, eventualmente, sancionara la omisión de perseguir los delitos y se negó. Su respuesta, del 25 de abril de 2023, fue:

“El legajo se encuentra aún abierto, con una última actuación cargada en sistema el 21 de abril de este año.

Toda vez que no se han identificado razones válidas que puedan justificar el apartamiento de los Fiscales y funcionarios que corresponden según el modelo organizacional del Ministerio Público Fiscal del Chubut, no se

dispondrá su apartamiento (art. los artículos 117 del Código Procesal Penal y 42 de la Ley V N° 94)”.

Es curiosa la cita del art. 117, que se refiere a la inhibición y recusación de los Fiscales y muy extraño, que no recordara el art. 38, CPrP, que, entre otras cuestiones, indica qué hacer frente a la pasividad del MPF. En razón de completitud, lo transcribo:

“38. DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA. EJERCICIO POR EL FISCAL. QUERELLANTE. Todos los delitos serán perseguibles de oficio por el fiscal, excepto aquellos cuya persecución corresponda exclusivamente a la víctima.

También tendrá derecho a hacerlo, mediante querrela, toda persona definida en esta ley como víctima, en las condiciones que ella fija y las demás personas a las que se faculta expresamente.

Podrá actuar en conjunto con el Ministerio Público Fiscal, pero en ningún caso se podrá subordinar su actuación a directivas o conclusiones de éste.

*Si un representante del Ministerio Público Fiscal se **negara a investigar** los hechos contenidos en la querrela, la víctima podrá **ocurrir ante un superior jerárquico de aquél, el que deberá ordenar a otro fiscal que inicie la investigación si ello correspondiere.***

*Si en las oportunidades procesales que correspondan, el fiscal no formaliza la acusación [artículo 291] o no requiere el dictado de una sentencia condenatoria [artículo 327], **las peticiones del querellante en cualquiera de estos sentidos habilitarán a los tribunales a abrir el juicio [artículo 298], a juzgar y a condenar [artículos 329 a 345], con arreglo a lo que se dispone en este código, salvo lo dispuesto por el Artículo 44”** (énfasis agregado por mí).*

Si, conforme al texto transcripto, el querellante puede pedir la apertura del juicio, con mayor razón podrá hacerlo con la apertura de la investigación preparatoria, además de lo que expresamente autoriza el art. 102, CPrP referenciado. Y, vuelvo a insistir, si el CM ‘encubre’ faltas como ésta, como ha ocurrido, las libertades, derechos y garantías de los ciudadanos y habitantes, quedan expuestas a la voluntad de los magistrados y funcionarios a quienes, el sistema, ha asignado defendernos.

Como bien indican los autores que sigo, es menester que el funcionario o juez, tenga la oportunidad de ejecutar la ley cuya omisión se le imputa. La figura omisiva, es de más fácil aplicación a la conducta de aquel que, frente a la norma, deja de aplicarla debiendo hacerlo, tal como aconteció con los cuatro jueces denunciados. En palabras de los profesores citados, la omisión:

“Se caracteriza por la circunstancia de que el funcionario prescinde de la ley, como si ella no existiera. Son supuestos en los que no se hace ni se ejecuta o cumple lo que la ley manda expresamente hacer al funcionario dentro de su órbita funcional” (Op. y loc. cit., p.1233).

La ejecución tardía de la ley es, también, una forma posible de omisión contenida en el tipo penal referenciado. Los autores que vengo citando, plantean una cuestión muy interesante, de la que quiero, solamente, exponer sus conclusiones. Y, por cierto, dar una opinión. Dicen, si el funcionario, advirtiendo que la ley que debe aplicar, no la aplica, entendiendo que es inconstitucional. Una respuesta, encaballada en la lógica del sistema normativo vigente, sostiene que como no es de competencia del funcionario efectuar el control de constitucionalidad de las leyes, función eminente reservada a los jueces, al omitir aplicarla (esfera omisiva) estaría configurando la acción típica descrita en la norma; es decir, cometería el delito. En palabras de los autores citados:

“Aun cuando el funcionario haya obrado u omitido con la finalidad de respetar la Constitución, existirá dolo de todos modos pues él habrá tenido el conocimiento y la voluntad de dictar o ejecutar una resolución o una orden contraria a la ley o, en el supuesto omisivo, habrá tenido el conocimiento y la voluntad de no aplicar la ley” (Op. y loc. cit., p.1236).

En el supuesto de funcionario que ‘obedeciendo’ una decisión de su superior, de ejecutar una orden que viola la ley, puede estar convencido de la legalidad del acto y, en tal caso, habría ‘error de prohibición’ que desplaza el dolo directo al dolo eventual que, según opinan los autores, excluye la punibilidad. Asimismo, opinan que, para evitar una situación derivada de la desobediencia ante la orden del superior, podría verse favorecido por un ‘estado de necesidad’ disculpante. En este sentido, se me plantea el siguiente dilema, frente al art. 22, CChu, recién citado, que refiere a cómo se interpretan las normas referidas a los derechos humanos (remite a los tratados y acuerdos internacionales celebrados por la Nación, donde el último párrafo dice que “*La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad*”).

Mi ‘dilema’ es relativo, porque difícilmente una disposición provincial pueda agregar requisitos a una figura penal, competencia del Congreso de la Nación. Pero, sin ninguna duda, como se refiere a derechos humanos reconocidos por la CN, será de aplicación el art. 248, CP. En la esfera provincial, habrá responsabilidad disciplinaria, responsabilidad civil y, muy posiblemente, responsabilidad del Estado Nacional por violación de la Convención ADH y/o de algunos instrumentos internacionales equiparados a la CN, en su supremacía jurídica.

Como he anticipado ya, tratándose de jueces, no se cometería por ellos el delito, si la norma inaplicada fuera inconstitucional o, con serios fundamentos, la declarara en el mismo acto, afectada de ese modo. Entiéndase que, la Corte IDH, no priva a los jueces del control de constitucionalidad; al ordenar el control de convencionalidad, si alguna norma de la Constitución vulnera alguna de las garantías de la Convención, le ordenará al Estado modificar esa norma constitucional, tal como ocurrió en la sentencia del Caso “Olmedo Bustos c. Chile”. Y, esto, no es una imposición arbitraria, sino que tiene claro sustento en el art. 2, CADH, por el que el Estado parte se compromete a adecuar su derecho interno a las cláusulas de la Convención ADH. Y, esta conclusión, tiene sustento en el art. 27, Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, como he indicado ya; su fundamento es el principio *pacta sunt servanda*.

Según Donna, el fin de contradicción a la Constitución es lo que marca el tipo penal. Se trata de un abuso de autoridad, pues el ordenamiento no le atribuye esa facultad, pues o está prohibida específicamente o no le ha sido concedida. Es interesante, desde que se aplica al juez en tanto tiene la facultad concedida, aunque no por la ley, sino por el sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes; pero “en el caso concreto, se la ejerce arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio”. Véase que los arts. 15, 38 y 102, especialmente éste, se fundan en el texto preciso de la CChu, cuyo art. 195.3, tantas veces citado aquí, dispone:

“El Ministerio Fiscal tiene las siguientes funciones:

*3. Promueve y ejercita la acción penal pública ante los tribunales competentes, sin perjuicio de los derechos y acciones **que las leyes acuerdan** a otros funcionarios y a los particulares”.*

El texto constitucional autoriza al legislador, la potestad de conceder derechos y acciones a los particulares. El art. 38, CPrP, se refiere a la víctima del delito, a quien se le concede el ejercicio de la acción penal en los siguientes términos:

“También tendrá derecho a hacerlo, mediante querrela, toda persona definida en esta ley como víctima, en las condiciones que ella fija y las demás personas a las que se faculta expresamente.

Podrá actuar en conjunto con el Ministerio Público Fiscal, pero en ningún caso se podrá subordinar su actuación a directivas o conclusiones de éste”.

Se trata de los párr. 2º y 3º, del precepto, que impone la actuación mediante querrela, cuya actuación será autónoma, en tanto dice que “**en ningún caso**” estará subordinada a directivas o conclusiones del fiscal. Ningún funcionario ni ningún magistrado puede interpretar la ley contradiciendo su texto ni su fundamento en la propia Carta. Que yo sepa, nunca se ha planteado la inconstitucionalidad de los

arts. 38 y 102 y, para que desaparezcan del ordenamiento, es necesario que el STJ, en dos veces sucesivas o tres alternadas, los declare inconstitucionales (art. 175, CChu). Y, vuelvo a insistir, aunque el funcionario y el magistrado juzgue inconstitucionales esas normas, sin declarar el último su invalidez, cometerán el delito de abuso de autoridad, penado en el art. 248, CPN, cada vez que omitan aplicarlas. Es lo que han hecho, sucesivamente, los señores jueces imputados, en no menos de cuatro casos, en que solicité la apertura en representación de mi cliente. La continuidad en la conducta ilícita, justifica la aplicación del máximo de la pena prevista.

Donna informa que las resoluciones a que se refiere la norma:

“son todas aquellas disposiciones dictadas por la autoridad que crean, extinguen o modifican derechos o facultades, obligaciones o cargas de terceros o del mismo Estado, sea con carácter general o particular, y que tienen por finalidad crear una situación jurídica”.

Agrega Donna, que:

“Se trata de una omisión que consiste en la inobservancia de la ley, esto es no hacer, no ejecutar, no cumplir lo que la ley manda expresamente hacer al funcionario dentro de su autoridad funcional. Como ejemplo puede citarse el no dictar la prisión preventiva cuando corresponde... Se trata, como se puede ver, de una forma de omisión impropia, ya que el funcionario está obligado a cumplir con la ley, de manera que tiene en este caso una posición de garantía que surge de la calidad de funcionario, que por otra parte especializa el delito” (Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 167).

Desde que han sido advertidos, cuatro veces cuando menos, de la facultad de provocar la persecución penal que corresponde a la víctima, los señores jueces inaplican esas normas, privando a la víctima ejercer un derecho que la CChu y el CPrP le confieren claramente. Basta, entonces, como elemento subjetivo del tipo penal, el conocimiento de las normas citadas y la voluntad de ir contra la Constitución y la ley.

Otra figura penal, eventualmente aplicable a jueces y árbitros de Derecho y los llamados ‘amigables componedores’, es la prevista en el art. 269, Código Penal, que refiere al delito de prevaricato, cuyo texto establece:

“Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables compondores”.

Anticipo, como destacable, tratándose de un delito contra la administración pública y, específicamente, contra la administración de justicia, la levedad de la pena, aun cuando la multa fuera actualizada, ya que se trata de la especie de pena de menor intensidad de las previstas en el Código Penal Argentino. He repasado la legislación penal de los países sudamericanos, y veo que la corriente no es similar, existiendo penas graves en los Códigos Penales de Bolivia, Ecuador y Colombia, donde parece que las cosas se toman con mayor seriedad.

El art. 173 del CP de Bolivia, define el prevaricato, del modo siguiente:

*“PREVARICATO. El juez que en el ejercicio de sus funciones procediere contra las leyes, ya haciendo lo que ellas prohíben expresa y terminantemente o dejando de hacer lo que ordenan del mismo modo, por interés personal o por soborno, o por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado, incurrirá en **privación de libertad de dos a cuatro años**.*

Si la prevaricación fuere cometida en causa criminal, la sanción aplicable será de privación de libertad de dos a seis años” (énfasis mío).

Es más severo todavía en el caso del cohecho pasivo, art. 173 bis:

*“(COHECHO PASIVO DEL JUEZ). El juez que aceptare promesa o dádiva para dictar, demorar u omitir dictar una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia, será sancionado con **reclusión de tres a ocho años** y con multa de doscientos a quinientos días” (énfasis mío).*

El art. 223, Código Penal de Chile, establece:

*“Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de **presidio o reclusión menores** en cualesquiera de sus grados” (énfasis mío).*

El art. 227, CP de Ecuador, establece:

*“Son prevaricadores y serán reprimidos con **uno a cinco años de prisión**:
1º.- Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra Ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece;*

3°.- Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan;

4°.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público”

(énfasis mío).

El art. 413, CP de Colombia, prevé el prevaricato del siguiente modo:

*“PREVARICATO POR ACCIÓN. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de **cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses**, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”* (énfasis mío).

Se trata de cuatro (4) a doce (12) años de prisión, con lo que es el más severo, y pune por separado el prevaricato por omisión, del siguiente modo, en el art. 414:

“Prevaricato por omisión. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

El CP de Perú prevé la figura del prevaricato en el art. 418, cuyo texto es:

*“El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con **pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años**”.*

Prevé también la conducta del fiscal que omite actuar la acción penal, art.

424:

*“El Fiscal que omita ejercitar la acción penal será reprimido con **pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años**”* (énfasis mío).

Pareciera que el CP español, a salvo el caso de dictado a sabiendas de sentencia en causa penal, que lleva pena de prisión, fija la multa como pena principal:

“El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve.

3.º Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan”.

Según enseñan los autores que cito, la acción típica se configura objetivamente cuando, i) se dictaran resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez; ii) se citaran para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Como en otros casos he indicado, si la materia es opinable, el juez o árbitro, no cometerá el delito si manda o prohíbe lo que no surge claramente en la norma de que se trate. Se requiere, pues, que lo que manda o prohíbe sea contrario a una norma que sea clara, no exija esfuerzo de interpretación alguno.

Los autores plantean una cuestión muy razonable, que es la siguiente: Cuando la norma, que se inaplique, sea objeto de interpretación razonada, con sustento lógico y responda a una de las posibles interpretaciones del derecho positivo, no se habrá configurado el delito. Los jueces son libres en la interpretación del Derecho aplicable pero esa libertad, está acotada por la razón, la lógica y la hermenéutica generalmente aceptada por nuestra CSJN.

Se requiere dolo directo, consistente en el conocimiento que se tiene de la norma que inaplica, y parece que dejan a salvo la responsabilidad del juez cuando “su opinión de buena fe obedezca a ignorancia, error, irreflexión o negligencia”. No me parece compartible esta idea, más allá que todos podemos estar en situación de equivocarnos, particularmente cuando es la parte la que invoca la ley y, con

mayor razón, cuando es el juez quien selecciona la norma, y la resolución que dicta es contraria al texto de la seleccionada.

Conforme con la opinión de los autores, que sostienen que el delito se consume con la firma del instrumento escrito en que la resolución consta. Hoy, en tiempo de cibernética vigente, será cuando se suba al sistema y la parte quede notificada del contenido de la resolución. No requiere que adquiera ejecutoriedad ni que cause daño. Y, el hecho de ser revocada, no libera al juez que dictó la resolución.

Esta figura tiene para mí, una especial relevancia, desde que los arts. 1 y 2 del CCC, se refieren a la “ley que corresponde al caso”, involucrando en el arsenal legal, a los instrumentos internacionales de derechos humanos; de dónde, los jueces no pueden -ni deben- permanecer ignorantes a los derechos, libertades y garantías de esos instrumentos internacionales que, precisamente, se han celebrado para evitar que se violen los derechos reconocidos, que deben ser respetados por los Estados parte en cada uno de ellos y, además, deben garantizar su respeto frente a todos los individuos sometidos a su jurisdicción.

Según creo, estas disposiciones se aplican, también, a quienes ejercen otras funciones, a veces administrativas, otras jurisdiccionales, como los miembros del CM (o del Tribunal de Enjuiciamiento), cuya ley los declara exentos de responsabilidad, lo cual es un desatino, porque si la ley es obligatoria para todos, su violación por cualquiera de ese ‘todo’ será delito. Pienso que mi aserto tiene sustento en el art. 271, CPN, en cuanto se aplica a los fiscales y, también, a los funcionarios “*encargados de emitir su dictamen ante las autoridades*” (art. 272, CPN).

La inmunidad es de opinión; se aplica a los legisladores y es razonable que así sea; pero, en modo alguno, protege la comisión de delitos penales, porque los cargos públicos no son fuertes para protegerse del imperio de la ley. Cuando los fueros se extinguen, las condenas aparecen; aunque no siempre y, lamentablemente, según sopla el viento (barlovento o sotavento).

Otras de las normas que punen la inconducta de los funcionarios y magistrados son los arts. 272, en relación al art.271, aplicable a los fiscales, abogados, asesores, y 274, CPN. El art. 271, establece:

“Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio o sucesivamente, o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.

El significado de ‘deliberadamente’, apunta al elemento subjetivo de la figura que, a mi criterio, sólo es posible descubrir a través de la conducta

desplegada en ejercicio de la función encomendada. No es corriente que un abogado, en la misma causa, represente o actúe en favor de las partes contrapuestas. Pero, como me ha ocurrido soportar, en defensa de un cliente, que el abogado, apoderado de todos los herederos, actúe, en rigor, en favor de alguno o algunos de ellos; aunque nunca denuncié penalmente a un colega, la denuncia de la conducta a los jueces civiles, de ambas instancias, intervinientes en la causa, no les hizo mella, dando por sentado que la conducta obrada por el abogado, era consentida por mi cliente por el sólo hecho de haber actuado, el primero, en su representación. Estos disparates de la justicia local llegaron al STJ en vía de casación que, como casi siempre, lo rechazó por las razones formales de las que he anoticiado ya. Según los autores que cito, la conducta punible es la intención de ‘perjudicar deliberadamente’ la causa confiada, a lo que agregan:

“extremo que puede verificarse, entre otras modalidades, mediante la *defensa o representación de intereses contrapuestos*” (Op. y loc. cit., p. 1358, la cursiva pertenece al texto).

Se trata de un delito de ‘resultado’, es decir, que la conducta comisiva u omisiva produzca un perjuicio a la parte a quien representa el letrado; en palabras de los autores citados:

“en la pérdida de cualquier oportunidad procesal que redunde en el menoscabo del interés de la parte o de las partes”.

El perjuicio debe ser el resultado de la conducta asumida por el profesional, sin que deba ser, necesariamente, de carácter económico. Cabe observar que, el hecho penal, aun no judicializado, no implica que las consecuencias dañosas pergeñadas y acometidas por el profesional, deban perdurar para el futuro. Que no haya condena penal para el autor, sólo significa que ha burlado a la ley y, sin sentencia, no hay delincuencia, aunque sea evidente. La sentencia, en tanto declaración del derecho de cada parte, deber ser esencialmente justa; una sentencia no es justa si violenta la ley, si se aparta del principio cardinal de la justicia. Una decisión del tipo referenciado, que resulta contraria a la ley, al orden público, a las buenas costumbres, a la moral, lesiva de derechos ajenos, es causa de nulidad absoluta; una sentencia inicua no puede gozar de la autoridad de la cosa juzgada. La CSJN sentó una declaración que debe estar estampada al lado del diploma del profesional abogado; dijo:

“De acuerdo a las directivas de una valiosa doctrina elaborada sobre la base de la tradición romana, lo que es inmoral o es contrario al orden social no puede subsanarse por el transcurso del tiempo: el acto será siempre inmoral o contrario al orden público cualquiera que sea el número de años que hayan pasado desde su ejecución pues el tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral o lo ilícito en lícito (Fallos 179:173)” (CS, 10/09/1991,

“Marriot Corporation c. RILA S.A. y/u otro”, *Fallos* 314:1048; CS, 17/03/1998, “Sergi Vinciguerra, Antonio c. Banco Central de la República Argentina / B.C.R.A. s/ cobro de australes”, *Fallos* 321:277).

Y ha dicho también que:

“Por otro lado, todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio excluido de la revisión judicial. Ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos (*Fallos*: 112:63; 150:89; 181:264; 261:409; 264:416; 318:445); por ende, una vez constatada la iniquidad manifiesta de una norma (*Fallos*: 171:348; 199:483; 247:121; 312:826) o de un acto de la administración (*Fallos*: 292:456; 305:102; 306:126 y 400), corresponde declarar su inconstitucionalidad” (CS, 01/02/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires (Smith, Carlos Antonio c. P.E.N.), *Fallos* 325:28, Cons. 8º).

Por qué no ha de ser una sentencia inconstitucional si puede serlo una ley y un acto administrativo. La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad es la invalidez del acto y, a ese destino, se llega a través de la acción de nulidad absoluta, o de la acción autónoma de nulidad por sentencia írrita, aunque el CCCN, le ha acotado su eficacia al limitado tiempo de un año (art. 2564, inc. ‘f’), que, en realidad, se refiere a “*la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada*”.

Sobre esta cuestión, opina Colombres que:

“Así, excepcionalmente puede dejarse sin efecto una sentencia firme cuando ésta, **al no reflejar la verdadera voluntad del ordenamiento jurídico**, es causa directa de un perjuicio. Tradicionalmente se entendió que, como afirma Hitters, la limitación temporal de la cosa juzgada "se produce cuando por determinadas causas el devenir del tiempo permite alterar lo decidido. En ciertas ocasiones, cuando se trastruecan las circunstancias que dieron origen al fallo, se admite que semejante mutación lleva consigo no la ineficacia absoluta del decisorio pero sí la posibilidad de que ésta deje de ser inatacable y se permita abrir un nuevo litigio sobre el tema central antes juzgado aunque con distintos elementos fácticos" (Fernando M. Colombres, comentario al ar. 2564, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, J.C. Rivera y G. Medina (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2014, t. VI, e book).

Según mi visión del Derecho, de las cosas y de la vida, esta disposición (art. 2564, inc. ‘f’, CCCN), colisiona con las normas previstas sobre la nulidad absoluta y los requisitos de validez del acto jurídico. El art. 259, CCCN, define el acto jurídico, como:

“Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

Y, el art. 279, CCCN, refiere a su contenido, en tanto acto lícito:

“Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

Coincide con la redacción del art. 953, CC de Vélez, en cuya nota se exhibe con elocuencia el destino de invalidez del acto que contradice las condiciones del artículo. Dice Vélez Sarsfield:

*“Mas los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque **jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución**”.*

Y, aunque no tenga en el texto de Vélez ese sentido, el ‘jamás’ implica que no habrá prescripción posible que impida reclamar la nulidad del acto contrario a la ley, al orden público, a la moral, a las buenas costumbres, lesivo a los derechos ajenos, condiciones que determinan la nulidad absoluta del acto (sea convención o sentencia).

Según los arts. 386 y 387, CCCN, establecen:

“Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”.

*“387.- Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. **No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción**”.*

La nota de Vélez Sarsfield al Título I “De los hechos”, de la Sección Segunda, es de indispensable reproducción:

“Todos los códigos publicados, con excepción del de Prusia, dice FREITAS, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicación general a casi todos los asuntos del cód. civil, del cód. de com. o del cód. de procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables a los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto conocimiento del

derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen a la influencia de los principios que debían dirigirlos. **Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos o testamentos, como las relaciones de familia o como los actos de procedimientos en los juicios**, a los menos versados repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fueren establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean o extinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los códigos, por mayor que sea el número de las repeticiones y referencias” (énfasis mío).

En palabras llanas, lo que el CCCN y las leyes exponen respecto de los contratos, en tanto actos jurídicos que reúnen las condiciones de los arts. 279, 386 y 387, como acaece con las sentencias dictadas en juicio, serán susceptibles de padecer la nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible, si carecen de las citadas condiciones. Debe observarse, que tanto el CC de Vélez como el CCCN, entre las condiciones que no pueden violentarse, figuran los ‘actos lesivos de derechos ajenos’. Y, no es ocioso recordar que, el CCCN, incorporó un nuevo capítulo a la responsabilidad civil, que es la prevención del daño. Si los jueces no se enteran que ha cambiado el paradigma (hoy la protección de la dignidad de la víctima y los derechos humanos), no habrá soluciones generales, pero, al menos, que todo esto sirva para alertar a los menos atentos a resolver del modo que propongo. Esto es, que toda sentencia que viole la ley aplicable, clara, concreta, de fácil interpretación según la hermenéutica de la CSJN, debe ser anulada, cualquiera sea ‘el número de años transcurridos’, porque lo ilícito, lo inmoral, no cambia con el tiempo. Así lo dijo la CSJN, como dije antes.

Por cierto, los años no vienen solos y se acumulan los recuerdos de casos en que he participado. En una regulación de honorarios, que llega al STJ del Chubut, el cliente defendía su derecho sobre un pequeño porcentaje del haber en juicio (12,5%); se le reguló un 20% al colega, sobre el valor total; la cámara intentó corregir el error, pero el STJ, en vía de casación ‘sobre honorarios’, tema particularmente restrictivo para la CSJN (CS, *Fallos* 251:233; 257:142 y 57; 270:388 y 296:238), y para el propio STJ, que así lo declaró en la Sent. del 25/10/2022, Expte. N° 25.563 (“cuestión que es, además por regla, ajena al conocimiento extraordinario local: SI N° 72/SRE/2019, y federal: CSJN, 10/12/2020, Fallos 343:1929”), el colega logró que se confirmara el dislate. Ese crédito indebido, ‘confiscó’ la propiedad del cliente pues, sin saber aritmética, el 20% del todo es superior al 12,5% del mismo. Ahora, ¿no sabían los señores jueces que, el art. 17, CN, desterró, para siempre, ¿la confiscación de bienes? Y, ¿por qué no aplicaron la ley de aranceles que establece cómo se regulan los honorarios y, lo

dice, que es sobre el monto o interés defendido en el juicio? Para estos casos, están los arts. 248, 269, 274 del CPN. Pocos se animan a ‘ponerle el cascabel al gato’ y el ciudadano y habitante sufren los excesos de los funcionarios públicos, sin que exista otra defensa sencilla y fácil para defender sus derechos.

Para abundar, el art. 8, CCCN, establece que:

“Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

El día que se autorice a los jueces a inaplicar la ley que corresponde al caso, se habrá acabado el Estado de Derecho; y, es obligación ‘legal’ de los abogados, según la ley de colegiación obligatoria, defenderlo, como trabajar para el mejoramiento de la administración de justicia.

A esta altura de mi exposición, conviene precisar el alcance que la CSJN da a la protección de la cosa juzgada; ha dicho que tiene jerarquía constitucional (CS, *Fallos* 308:84; 315:2680) y que procede el recurso extraordinario cuando el fallo apelado ha desconocido sus efectos (CS, *Fallos* 187:29; 243:465; 273:312; 315:2680). Pero ha puesto condiciones; tales, como las siguientes:

“La autoridad de la cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y debe respetarse salvo los casos en que no haya existido un auténtico y verdadero proceso judicial, puesto que aquélla supone la existencia de un juicio regular donde se ha garantizado el contradictorio y fallado libremente por los jueces” (CS, 11/02/1986, “Oscar Juan Plaza y Otros”, *Fallos* 315:84).

Y, no es ‘verdadero ni auténtico’ proceso judicial aquel en donde no se aplica la ley que corresponde al caso, permite la confiscación de bienes o lesiona derechos de terceros, viola el orden público, la moral, las buenas costumbres, requisitos esenciales para la validez de los actos jurídicos. La ‘cosa juzgada’ supone la existencia de un juicio regular donde se ha garantizado el contradictorio y fallado libremente por los jueces (*Fallos* 238:18; 254:320; 278:85 y 279:54); y CS, 23/11/2023, “Llanos, Ermino Edgardo Marcelo”, *Fallos* 346:1405, en que se dijo:

“Aun cuando la apreciación de la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida respecto de pronunciamientos de superiores tribunales provinciales, cabe hacer excepción a dicho principio cuando median graves defectos de fundamentación que descalifican el fallo como acto jurisdiccional válido en la inteligencia de que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias efectivamente comprobadas en la causa, en salvaguarda

de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio” (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

No desconozco que, en un caso, relativo a regulación de honorarios, defendió la estabilidad de la cosa juzgada, aun mediando error judicial (CS, *Fallos* 299:373), lo que no es posible sostener sin violar, otra vez, el ordenamiento vigente (art. 12, CCCN, ‘fraude a la ley’; 265, 266 y correlativos: éste dice:

“Error reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar”; y art. 2651, inc. ‘e’: *“los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato”*.

Pero, además, como enseña Poviña, un proceso judicial es regular, cuando es: 1) derivación razonada (como control de logicidad), 2) del derecho vigente (como control de legalidad), 3) aplicada a los hechos de la causa (como control de veracidad). Si no reúne esos requisitos, la sentencia será arbitraria (remito a la cita de la p. 27, precedente). Y si la confiscación de bienes está prohibida por la CN, mal puede invocar su derecho de propiedad quien ha obtenido una sentencia favorable que, abierta y claramente, viola la ley aplicable al caso. La inviolabilidad de la propiedad privada, no puede ser denostada por la invocación de una sentencia amañada, que quebranta la ley aplicable al caso, el debido proceso y derecho humano a la decisión justa.

Y también ha dicho la CSJN, sobre la intangibilidad de la sentencia, que:

“a tales fines, resulta necesario tener presente que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión (Fallos: 304:590)” (CS, *Fallos* 325:139, Cons. 5º; CS, 03/08/2023, “Domínguez, Dorvalina c/UGOFe SA), *Fallos* 346:807).

Cómo es posible justificar, en nombre de la seguridad jurídica, que una sentencia inicua, fundada en la violación de una norma concreta, clara y expresa, pueda sostener su validez hacia el futuro, quebrando el anhelo más fuerte del ser humano que es la Justicia, y el derecho inalienable a la propiedad privada; precisamente, que es lo que esa sentencia quita, sin otra razón que el error no pueda enmendarse, porque es más importante vivir en el error y en la falacia de un orden, creado por ella, la sentencia, que lleva en su seno el germen de su propia

corrupción. El dar a cada uno lo suyo, junto con los restantes principios que iluminaron el progreso, jurídico y moral, de Occidente, no hacer daño a los demás y vivir honestamente, deben seguir siendo el impulso irrefrenable para el progreso, la libertad y el orden social.

Acercándome a la finalización de este punto, he de referirme, como otro de los límites al autoritarismo funcional, al art. 274, CPN, cuyo texto dice:

“El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”.

De nuevo, la lenidad de la pena se hace presente, con una inhabilitación absoluta de notoria brevedad. Pareciera que, al confirmarse la condena al funcionario, será separado de su cargo y no podrá acceder a otro en el plazo fijado en la sentencia. Los autores que sigo, no aclaran esta situación, que parece una consecuencia directa del incumplimiento de las funciones. Mi cuestionamiento sobre la levedad de la pena prevista, se funda en que, en el Estado de Derecho, el monopolio de la persecución penal recae en los órganos del Estado; la defensa privada, así como las acciones privadas y dependientes de instancia privada, constituyen la excepción. En el sistema procesal de Chubut, la acción penal compete al MPF y a sus funcionarios, aunque, como he destacado ya, la CChu (art. 195.3) y el propio CPrP (arts. 15, 38, 102, fundamentalmente), autoriza a la víctima y a otras entidades, la facultad de provocar la persecución penal. La omisión del funcionario del MPF deja inerme a la sociedad y, a la víctima, en especial si los jueces no admiten -como ha ocurrido el Chubut- la apertura de la investigación. Digo más, si bien la figura se ajusta a la conducta de los funcionarios a quienes compete la persecución, atrapa también la inconducta judicial cuando ésta obstruye, sin fundamentos suficientes, el progreso de la investigación.

Los autores que sigo, adjudican a los integrantes del MPF y a la policía, allí donde se admite la actuación de prevención, la responsabilidad penal del artículo; y, también, con cita de Creus, pesa en los jueces en los sistemas en que se admite la potestad de proceder de oficio a la instrucción de causas (Op. y loc. cit., p. 367). No obstante, opino que, Chubut, los llamados ‘jueces de garantía’, que participan desde la apertura de la investigación preparatoria en tanto, como ha ocurrido con los jueces denunciados por mí, denegaron la apertura inmiscuyéndose en la facultad del MPF de disponerla, según resulta del texto de la ley (art. 274, CPrP del Chubut), que dice:

*“APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. Cuando existan elementos suficientes, el fiscal **dispondrá la apertura de la investigación***

preparatoria del juicio formando un legajo en el que hará constar los siguientes datos:

- 1) una sucinta enunciación de los hechos a investigar;*
- 2) la identificación del imputado;*
- 3) la identificación del agraviado;*
- 4) la calificación legal provisional; y*
- 5) el fiscal a cargo de la investigación.*

*El fiscal, **al comunicar** al juez la apertura de la investigación, adjuntará copia de la resolución. El juez convocará a una audiencia oral y pública a la que deberá concurrir el imputado para ser anoticiado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar su defensa. A partir de la realización de la audiencia de apertura comenzarán a correr los plazos de duración de la etapa preparatoria y general del proceso. -artículos 146 y 282- Se ampliará el objeto de la investigación si se incorporan nuevos hechos o imputados. En estos casos será necesaria una nueva audiencia”.*

Las palabras remarcadas (‘dispondrá la apertura’; ‘al comunicar al juez’) ponen de resalto que la facultad persecutoria pertenece al MPF; el juez controla la regularidad del procedimiento. Véase, que la norma consigna que los hechos serán indicados en forma ‘sucinta’ (breve, reducida), lo que es razonable en esa etapa apenas larval del procedimiento; y, por tanto, la calificación del hecho es ‘provisional’. Por tanto, el juez debe respetar la función del MPF y no interferir en la apertura de la investigación, que bien pudo tener origen en una denuncia de la propia víctima o, en las actuaciones preventivas llevadas a cabo por la policía. Así resulta del art. 266:

“DILIGENCIAS INICIALES. Los funcionarios y agentes de la policía que tuvieren noticia de un delito de acción pública, lo informarán al Ministerio Público Fiscal inmediatamente después de su primera intervención, continuando la investigación bajo la dirección y control de éste.

Los funcionarios y auxiliares de policía informarán al Ministerio Público Fiscal sobre las actuaciones que hayan realizado para investigar un hecho delictivo y remitirán los elementos de prueba recogidos dentro de los cinco días, sin perjuicio de continuar participando en la investigación.

El Ministerio Público Fiscal reglamentará la forma de llevar adelante esta actuación inicial, sobre la base de instrucciones generales”.

De manera que, como ocurrió en la ominosa Carpeta Judicial N° 13.340, de la OJ de Comodoro Rivadavia, donde la señora juez de garantías impuso al funcionario del MPF que ‘probara’ la existencia de una intimación a devolver sumas apoderadas por el imputado y, ante su inexistencia, denegó la apertura y dio por fracasada la audiencia, desoyendo mi advertencia de que se trataba, como la

carátula del proceso indicaba, de un hecho de ‘administración fraudulenta’ (y no, de retención indebida), interfirió injustificadamente en las facultades del MPF, además de desoír mi reclamo, como querellante en la causa, de que admitiera la apertura, en función de la facultad concedida al querellante en los arts. 15, 38 y 102, CPrP.

Los autores que sigo, ponen de relieve que la conducta punible es la omisión en promover la persecución de los delitos y represión de sus autores, pero se configura también el delito cuando falta la iniciación de las actividades investigativas, cuanto en “la inercia de adelantar las ya iniciadas”; al solo efecto de satisfacer la curiosidad del lector, de saber cómo siguió ese proceso, hago constar que el MPF suspendió la investigación ‘definitivamente’, puesto que, como he informado ya, requerido el Procurador General de la Provincia para que designara un nuevo fiscal, lo estimó improcedente. No cabe descartar, entonces, que la responsabilidad penal por el débito funcional omitido, será de ‘abajo para arriba’. Y, es del caso consignar, que hay otra figura que impone, a los funcionarios públicos, la obligación de ‘denunciar’ los hechos delictivos de los que tengan conocimiento: art. 277, inc.1º, letra ‘d’, CPN, (además de la previsión del CPrP, art. 262), que establece:

“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado: d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”.

Esta figura está prevista en el Capítulo XIII sobre encubrimiento; en opinión de Núñez, referida por D’Alessio y Divito, lesiona la administración de justicia pues, su comisión, “interfiere, o entorpece, la acción policial o judicial dirigida a comprobar la existencia de un delito y decidir la responsabilidad y castigo de los partícipes”. Y, sabido es que, el encubrimiento, es un delito en sí mismo, que implica una ayuda posterior a la ejecución del delito, mediante una de las conductas tipificadas por la ley (Op. y loc. cit., p. 1385).

Volviendo a la figura del art.274, CPN, Soler critica que la imposibilidad de actuar la conducta debida, sea soportada por el funcionario, como modo de evitar la imputación; la razón de la crítica, radica en que se obligaría al imputado a soportar la carga de la prueba, lo que podría importar una violación de las garantías del proceso penal, ya que la inocencia se presume hasta que quede firme la sentencia de condena, argumento éste que agrego de mi coletto, pero tiene, también, sustento en una similar opinión de Creus. En rigor, la carga de la prueba recae en el MPF.

Se trata de un delito doloso, que sólo requiere la conciencia del deber de promover la persecución y represión del hecho, y la voluntad de no hacerlo; y se consuma por el mero vencimiento de los plazos en que el funcionario debió ejecutar la conducta debida.

Por razón de completitud, refiero seguidamente cómo ha de proceder el MPF, según resulta de los arts. 269 y 276, CPrP, para el caso de iniciación por querrela:

*“Art. 269. VALORACIÓN INICIAL. Dentro del plazo ordenatorio de **quince días** de recibida la denuncia, el informe policial o practicada la averiguación preliminar, el fiscal dispondrá lo siguiente:*

- 1) la apertura de la investigación preparatoria;*
- 2) la desestimación de la denuncia o de las actuaciones policiales;*
- 3) la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad;*
- 4) la convocatoria a una audiencia de conciliación;*
- 5) el archivo” (énfasis mío).*

El art. 276, CPrP, dispone:

*“PRESENTACIÓN. Cuando se inicie proceso por querrela, el fiscal, dentro del plazo de **quince días**, podrá tomar alguna de las siguientes decisiones:*

- 1) la propuesta al juez penal de la admisión o rechazo de la intervención del querellante;*
- 2) la apertura de la investigación;*
- 3) convocar a una audiencia de conciliación;*
- 4) disponer el archivo o la desestimación; y*
- 5) la aplicación de un criterio de oportunidad.*

A tales fines el fiscal podrá practicar averiguaciones preliminares, dándole una participación provisoria al solicitante” (énfasis mío).

Como se ve, el plazo para el inicio de la actuación es de quince días; con lo que si el MPF no acreditara algún impedimento para solicitar la apertura de la investigación, habrá quedado consumado el delito; la norma le da el ‘escape’ del archivo o la desestimación, poniendo la actividad en manos del querellante; pero la omisión, lisa y llana, transcurridos los plazos fijados sin haber hecho uso de alguna de las imposibilidades y, por cierto, en la medida en que éstas fueran serias y fundadas, el delito quedará consumado.

Cuando la organización de la administración de justicia presenta disvalores como los aquí apuntados, la ‘lucha por el Derecho’ que, en rigor, es la lucha por el imperio de la ley (art.19, CN) y la consecución de la Justicia material, la tarea se vuelve ardua y difícil. He reclamado, muchas veces, la participación institucional del Colegio de Abogados, en éste y otros temas que interesan a la sociedad, y no siempre consigo arrancarle la molicie de lo cotidiano que, si bien es importante,

no trasciende a la sociedad general a la que debe, también, su aporte profesional. Eso sí, no han dejado de alentarme y felicitarme por mis aportes, pero eso no engorda mi ego, que prefiere las realizaciones concretas; y ‘afianzar la justicia’ (Preámbulo de la CN) sigue siendo una ilusión, a veces una mera quimera y, siempre, una asignatura pendiente. Es como el cuento de los rusitos, a quienes el sistema proponía el paraíso y el horizonte del sistema; cuando preguntaron que eran ‘horizonte’ y ‘paraíso’, les dijeron: el primero, es una línea imaginaria que se aleja en la misma medida en que se avanza; y, el paraíso, un lugar donde los cristianos buenos van cuando se mueren.

12. Conclusiones. Según ha puesto de relieve Mercader:

“el poder de dictar leyes se torna ilusorio mientras no se le integre con la certeza de su cumplimiento. En ese sentido, el orden jurídico de todos los pueblos sería imposible, sin los tribunales de casación que custodian la ortodoxia doctrinaria, imponiéndola en la jurisprudencia. Los Códigos sustraídos a la casación importan una grave falla, trastocadora del sutil equilibrio de los poderes republicanos, cuya división existe sobre la base de interferencias vinculadoras, donde se ejercita un recíproco control” (*Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*, p. 80; cit. por Colombo-Kiper, en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2014, t. III, e book).

En una de las intervenciones de Juan del Campillo (1858), siendo ministro del presidente Urquiza, en la discusión parlamentaria sobre la competencia apelada de la CS, originada en decisiones de los tribunales federales y en los superiores tribunales de provincia, se encuentra en sus palabras la necesidad de la defensa irrestricta de la CN; decía entonces:

“es nuestro deber ponernos en el caso de que suceda lo contrario y entonces es muy preciso que la Nación tenga allí guardianes suyos, propios, centinelas alertas de la inviolabilidad de la Carta Constitucional, de las hermosas promesas que ella contiene y finalmente de las leyes que el Congreso Nacional sancione según aquéllas”.

Enriquecida ahora por los derechos y libertades de la Convención ADH y de otros instrumentos internacionales de igual jerarquía (arts. 31 y 75, inc. 22, CN), no cabe permitimos la comodidad del silencio, la seguridad del que, sabiendo de la verdad, la calla y oculta, porque si aquéllas, en la incipiente Nación fueron promesas, hoy tenemos el deber patriótico, republicano y jurídico de asegurar, para nosotros y nuestra posteridad, que nunca debamos padecer, como en el poema de Bertolt Brecht, que “ya era demasiado tarde”.

No es casual que la provincia de Río Negro haya modificado su CPrP, y tomado como modelo, casi a la letra, el art. 102, CPrP del Chubut. El art. 55, CPrP de Río Negro, establece:

“En los delitos de acción pública, la víctima, su representante legal o quienes este Código habilite para querellar, podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el fiscal, aún cuando éste hubiese desestimado o archivado el caso” (Conforme a la Ley 5020 de Río Negro).

Su redacción parece una copia o una adaptación y adopción de la norma del art.102, CPrP del Chubut. Desde el punto de vista axiológico, en que interesa que los derechos de las víctimas no queden sujetas al exclusivo arbitrio del MPF quien, indudablemente, es el titular de la acción penal pública, la autorización concedida por los CPrP de Chubut y Río Negro a la víctima, a través de la querrela privada, en modo alguno importa una derogación de normas del CP, como la que define a la acción (art.71, CPN). Ambas normas son muy claras en el sentido que el texto expresa (la facultad de *“provocar la persecución penal”*) norma que adecua a aquel principio axiológico: evitar que el MPF se ‘adueñe’ como titular exclusivo, del ejercicio de la citada facultad requirente de la víctima, lo que está en consonancia con la doctrina obligatoria de la Corte IDH y, también, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como resulta de las sentencias dadas en las causas “Santillán” y “Quiroga” (en ésta, remite a la anterior en el punto en cuestión).

Comentando el art. 55, CPrPenal de Río Negro, insisto, de similar factura que el art. 102, CPrP del Chubut, el señor juez de garantías de General Roca, doctor Maximiliano Omar Camarda (*“El rol del querellante en el nuevo C.P.P.”*, en *Comunicación Judicial*, sitio del Poder Judicial de Río Negro; <https://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/811-querellante>), expresa que:

“Se aprecia acá la autonomía otorgada al querellante, no sólo en la continuación del proceso por su única cuenta, sino también en la producción de la prueba, apareciendo no sólo ya como un “socio del fiscal” tal su otrora participación procesal, sino como un “fiscal privado”, lo que se aprecia en toda su dimensión en el art. 129 ‘in fine’.

Dando por aceptado entonces que el particular puede actuar en los términos del art. 55, y conforme a lo antedicho, va de suyo que le competen las funciones previstas por el art. 59”.

El art. 59, en Capítulo especial relativo a las funciones del MPF, dice:

“Funciones. El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción penal pública de acuerdo a las normas de este Código, dirigiendo la investigación y la

actuación de todos los funcionarios que participen en ella, interviniendo en todas las etapas del proceso.

A los fiscales les corresponderá la carga de la prueba de los hechos que funden su acusación.

Será deber de los fiscales adoptar o requerir las medidas necesarias para proteger a las víctimas de los delitos, favorecer su intervención en el procedimiento y evitar o disminuir cualquier perjuicio que pudieran derivar de su intervención.

Formularán sus requerimientos, dictámenes resoluciones en forma motivada, bajo pena de nulidad.

No podrán ocultar información o evidencias que puedan favorecer la situación del imputado. Su inobservancia constituye falta grave. Asimismo deberán registrar en el legajo toda la información con que cuenten”.

El párrafo final del art. 129, CPrP de RN, citado por el doctor Camarda, dice:

*“Cuando el fiscal superior confirmare el archivo, la decisión no será susceptible de revisión alguna. En estos casos, dentro del quinto día de notificada, la víctima estará habilitada para constituirse en parte **si aún no era querellante**, petitionar ante un juez la conversión de la acción penal pública en privada y continuar con el ejercicio de la acción penal en forma autónoma”* (Coincide con el art. 131, que se refiere a las atribuciones, en el desarrollo de la investigación, en que refiere al “fiscal, la defensa y **la querrela en su caso**” (énfasis mío).

La solución de los CPrP de Chubut y de Río Negro no es novedosa en las normativas procesales provinciales, como ocurre con el CPrP de Buenos Aires, donde ante el archivo de las actuaciones o el pedido Fiscal de sobreseimiento, el particular damnificado puede continuar con el ejercicio de la acción penal a su costa o requerir la elevación a juicio a su costa (arts. 56 bis *in fine* y 334 bis, primer párr., *in fine*).

El llamado ‘derecho de acceso a la justicia’, que la Convención ADH (CADH), de igual jerarquía que la Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc.22, CN), postula con claridad en el art. 25, titulado ‘Protección judicial’, exige la aplicación efectiva del precepto en los casos en que, como en el presente, aparece una aparente omisión del MPF, acompañada en una espuria decisión de la señora juez de garantías de sepultar la acción penal de modo de asegurar la impunidad del imputado. Interpretar la norma en contra del tenor literal, claro y expreso, es contraria a la hermenéutica generalmente admitida por la Corte Suprema, como he recordada ya:

“importaría prescindir del texto legal aplicable al caso,... que -al no exigir esfuerzo de interpretación- deben ser directamente aplicadas (Fallos: 218:56; 299:167; 311:1042; 319:2617; 323:1625;330:4476; 338:488 y 343:625)”.

Y, sobre la base de dicha regla de hermenéutica, revocó el decisorio anterior en tanto contradice una interpretación literal y finalista del régimen normativo que regula esta clase de pretensiones (CS, 09/02/2023, “De Benedetti, Pablo Osvaldo c/ M. Justicia y DDHH s/ desaparición forzada de personas - ley 24.411 art. 6”, *Fallos* 346:25, Cons. 6º; antes citado).

La CSJN ha impuesto la necesidad del debate constitucional, sosteniendo que no se debe prescindir de un texto legal:

“sin debatir su validez constitucional” (CS, *Fallos* 300:687; 301:958; 307:2153; 308:1873; 313:1007, entre otros) y arts. 12, 161, 278, 310, 395 y 417, CPrP de Chubut; y agrega:

“No resulta admisible la inteligencia de la ley que lleve a la pérdida de un derecho que su texto reconoce expresamente, lo que desatiende los criterios de prudencia exigibles al intérprete a fin de evitar contrariar a la ley” (CS, *Fallos* 303:578 y 307:840 y 1018).

Además, el art. 3º, CPrP de Chubut, dice, expresamente, que toda disposición que limite el ejercicio de un derecho atribuido por la ley, debe ser interpretado restrictivamente. Y la CSJN ha establecido que, cuando la ley procesal confiere un derecho, tiene jerarquía constitucional (CS, *Fallos* 310:1424) y no puede suprimirse arbitrariamente (CS, *Fallos* 307:966; 310:169). E indica, que:

“Los jueces servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión” (CS, 06/09/2023, “Universidad de La Matanza c. EN”, *Fallos* 346:970; voto disidente del juez Rosatti; arg. *Fallos* 344:3156; 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262, entre otros).

La repetición de esta serena y prudente doctrina, me trae, recurrentemente, la pregunta de por qué el STJ insiste, tozudamente, en mantener el inicuo Acuerdo Plenario 3821/09. He revisado, una y otra vez, una de las sentencias referenciadas

en el punto 9 (N° 45/S.R.E./2011, del 05/08/2011), cuyos considerandos comienza con la siguiente afirmación frente a la inconstitucionalidad que alega el recurrente:

“Previene sobre el límite de las potestades reglamentarias, sin denunciar de qué modo en el caso concreto no fue observado. Advierte sobre el peligro de frustrar el servicio de justicia mediante cuestiones formales, pero no concreta por qué se presentaría en el caso”.

Y, a su respecto, concluyo en que es un catálogo de iniquidades, con expresiones dogmáticas en cada párrafo, referidas a las reglas del Acuerdo que dice no cumplidas. Es verdad que no he tenido acceso al escrito del recurrente, pero, desde que se afirma la necesidad de sistematizar las normas de procedencia, en pos de la seguridad jurídica y de facilitar la labor del tribunal, no veo cómo ni cuánto sirve a la ‘facilidad, sencillez y rapidez’ del recurso de casación, que postula y exige, a todos los jueces, la doctrina de la Corte IDH, trasformando las trece (13) palabras del inc. ‘a’, del art. 292, CPrCC de Chubut (“*Expresar el alcance de su impugnación y lo que desea que se anule,...*”), en las 2.215 palabras que contiene, en un galimatías de intrincado laberinto. Ello, sin contar la objeción constitucional de no legislar en cuestiones reservadas a la Legislatura. No me parece que el engendro se ajuste a la idea de ‘sistematizar’, porque cuando pregunto para qué sirve, la respuesta es la ‘base para las mejoras de una actividad’. Y no es que ‘no quiera’ cumplir las exigencias, sino que ‘no debo’ hacerlo, porque, lisa y llanamente, la ley no me lo impone y la doctrina cimera dice, exactamente, lo contrario. Y, además, altera el libre albedrío con responsabilidad que, el principio de legalidad (art. 19, CN), nos asegura a todos. Las regulaciones, manifestación de la autoridad y autoritarismo del burgués estatal (funcionario), asuelan nuestras relaciones sociales, agobian nuestros mejores esfuerzos y terminan por frustrar los frutos del trabajo, la dedicación y el esmero.

Respecto de los jueces denunciados, auto elevados pináculos de Maestros de la Ley, con su auto supuesta sapiencia, ante mi insistencia de que se abriera la investigación penal a mérito de los arts. 15, 38 y 102, CPrP, me espetaron:

“se le explicó al abogado que quien arguye ser damnificado por delitos de acción pública solo puede actuar en el proceso penal como querellante cuando exista una investigación previamente comenzada por el órgano de acusación oficial, ...” (pág. 1, punto I de los considerandos, segundo párr. de la sentencia del 13 de abril de 2023).

Agregarón, con magistral elocuencia, que:

“Como el agraviado carece de legitimación para abrir soberanamente el enjuiciamiento criminal en relación a esta clase de delitos, sino solo a participar de la persecución penal luego de que ella fue inaugurada por el titular de la acción, resulta que su autonomía es tal solo después de la

apertura de la investigación preparatoria, que, conforme al artículo 274 ya citado, atañe exclusivamente a una atribución del Fiscal” (pág. 2, 1er. párr. de su sentencia).

Sin computar, ahora, el texto claro del art. 195.3, CChu, que no citan, ni los arts. 15, 38 y 102, CPrP, que invoqué expresamente en la audiencia del 13 de junio de 2022, que no leen críticamente, ni considerar la opinión del señor juez Camarda, comentando el art. 55, CPrP de Río Negro, idéntico al art. 102, CPrP de Chubut, ni el dictamen de la Procuración General en “Garipe”, que la CSJN hizo suyo, sin siquiera mencionar el escrito de la doctora S. por el que formalizó la apertura y remitió, expresamente, a la audiencia del 29 de diciembre de 2021, volvieron a sostener en voto conjunto (otra violación, art. 25, CPrP), y con mayor énfasis todavía, y sin haber leído el contenido de la sentencia del STJ que desestima la queja (una carilla y 6 líneas, que no se ocupa del fondo del asunto, ni lo menciona) por la impugnación extraordinaria que ellos denegaron (violando la Convención ADH, que integra la Ley Suprema de la Nación, arts. 8.2,h y 25.1, y numerosa jurisprudencia de la Corte IDH, que desconocen y, si la conocen, e inaplican, cometen delito doloso por omisión), que:

“En síntesis, no hay opinión favorable del Ministerio Público sobre la tipicidad de las conductas atribuidas a B.P., ni en la forma de apertura de investigación, ni al amparo de un planteo de criterio de oportunidad motivado en razones subjetivas que excepcionalmente habilitaría la persecución en solitario del agraviado (artículo 45 párrafo segundo del CPP). Así no puede iniciarse el proceso penal por querrela, lo que así se le dijo al abogado de S. en todas las instancias recorridas: audiencia de apertura de investigación del 16/05/22, audiencia de impugnación del 13/06/22, decretos del 04/07/22 y 19/12/22, y auto interlocutorio del 03/10/22 por intermedio del cual el Superior Tribunal desestimó su queja por impugnación extraordinaria denegada” (pág.2, últ. párr. del considerando I; esto último, tampoco es verdad, pues, lo que desestimó allí fue mi pedido de aclaratoria y su respuesta sobre el recurso extraordinario a la CSJN).

Como humilde estudiante y estudioso que soy, pregunté al Chat GPT, que debía entender un abogado del texto del art. 102, CPrP y esto es lo que me contestó:

“El texto legal establece la figura del “querellante autónomo” en casos de delitos de acción pública. En estos casos, la víctima o su representante legal tienen la capacidad de iniciar la persecución penal por sí mismos o intervenir en la que ya haya iniciado el fiscal. Esto implica que la víctima o su representante tienen un rol activo en el proceso penal, tomando decisiones relacionadas con la persecución de los delitos”.

Cualquier persona puede hacer, gratis, la misma pregunta y obtener una respuesta similar. No hace falta ser abogado para entender un texto claro de la ley; el lenguaje (castellano o español) es el modo hablado con el que los seres humanos de esta parte del mundo nos entendemos o, mejor, debemos entendernos. No es, legalmente, excusa válida, que los jueces penales dejen de perseguir los delitos de acción pública, cuando la víctima ejerce su derecho a provocar la persecución penal. Por ello, ahora, a través del pertinente escrito de solicitud de apertura de la investigación preparatoria, mi patrocinado ‘provoca’ la apertura de la investigación penal contra los señores jueces denunciados, por dictar resoluciones contrarias a la Ley Suprema de la Nación, integrada por la CN, la Convención ADH y otros instrumentos internacionales de igual jerarquía, otros tratados con potencias extranjeras (como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en Argentina desde enero de 1980, que prohíbe invocar el Derecho interno para inaplicar una norma de un Tratado, aunque aquí el Derecho interno es claro y conciso), las leyes nacionales que en consecuencia de aquéllas dicte el Congreso, y la CChu, que ha hecho suyos los derechos, libertades y garantías establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos celebrados por la Nación (arts. 10 y 22), y en contra de las disposiciones, tantas veces citadas, del CPrP. Así de claro; así de simple.

Pero hay otra cuestión de interés que cabe considerar. Tal, la decisión del STJ cuando recibe en devolución de la CSJN la causa “Garipe”. En la sentencia del 07 de mayo de 2004, decide:

“Que, consecuentemente, corresponde acatar la doctrina sentada por el más Alto Tribunal de la Nación y remitir las actuaciones a la Cámara de origen a fines de que proceda al dictado de una nueva resolución con arreglo a ella”.

La pregunta que cabe hacer, es si los pronunciamientos posteriores a éste, que resuelven conforme lo había descalificado la CSJN, tienen algún sesgo de validez que imponga a los jueces inferiores acatar una decisión ya declarada inconstitucional por la Corte Suprema. Acaso, el hecho de que los firmantes de la sentencia que acoge y respeta la decisión de la Corte, y que adecua a la CChu y a los preceptos indicados del CPrP, sean distintos a quienes suscriben los fallos posteriores ¿validan la nueva violación constitucional local? Y, ¿obligan a los jueces inferiores? Mi contundente respuesta es que no y que tanto unos, quienes integran ahora el STJ, y los jueces inferiores, que dictan resoluciones contrarias a la CChu y a la ley, quedan sometidos a las normas de los arts. 248, 269 y 274, CPN. Es que, en la causa “Calderón”, se dijo que:

“Que, tal como resulta de lo reseñado, las propias expresiones de la Corte local privan a la sentencia apelada de todo fundamento racional, en tanto admiten que, en el sub examine, existió apartamiento infundado de una línea jurisprudencial establecida por el mismo tribunal para casos análogos”.

“Tiene dicho esa Corte que es misión del intérprete de la ley indagar el verdadero alcance y sentido de ésta, mediante un examen que atienda menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente (Fallos: 329:872, 330:2932 y 331 :2829)”.

“Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que los fallos de los jueces deben ser fundados, es decir, contener una exposición suficiente y clara de las razones que, con arreglo al régimen normativo vigente y a las circunstancias de la causa, dan sustento a su decisión (Fallos: 312:182; 317:1852 y 324:3083, entre muchos otros)” (CS, 29/04/2014, “Calderón”, elDial.com - AA886B, publicado el 11/07/2014).

Y en la sentencia del caso “Evolución Liberal c. San Juan, Provincia” (CS, 01/06/2023, *Fallos* 346:543, Cons. 8º, de la mayoría), la CSJN, volvió a repetir su pronunciamiento de 1888 (“Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo”, *Fallos* 33:162), en que sostuvo que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan; con lo cual se asegura la vigencia de una línea jurisprudencial.

A casi 40 años de vigencia de la Convención ADH y, pese a su violación por la inicua Ley 27.610, es un deber legal postular su respeto y su preeminencia. Que los Derechos Humanos sean una creación para todos, sostenida en la vigencia de la CN y de las leyes dictadas en su consecuencia. A su vez, y con sustento en el art. 27, CN, impedir que las ideas reformistas, interesadas, ajenas a la idiosincrasia del Pueblo de la Nación, encuentre segura atalaya en el orden público interno de la Constitución, pues, como ya he citado y ha dicho la CSJN, ni una reforma constitucional puede válidamente trastocar los derechos, garantías y libertades que la CN arropa.

La amenaza penal (arts. 248, 269, 274, Código Penal de la Nación), es el valladar opuesto a sus violadores en el ejercicio de la función excelsa que el Pueblo les ha conferido a órganos y jueces. Sus estrados no son, hoy por hoy, a salvo honrosas excepciones, altares de la Justicia, la Igualdad, la Libertad y, menos, del Derecho; que los buenos sigan siendo buenos y los malos extirpados de sus asientos. Que este trabajo, pequeña semilla, fructifique, es nuestra esperanza. Cuando la espiga del buen trigo crezca, la cizaña quedará expuesta para arrancarla y echarla al fuego. Habrá que tener la paciencia de esperar el resultado. Pero, en ese tiempo y en ese proceso, deben participar activamente los Colegios Públicos de Abogados de la Provincia, en cuya legal misión está defender el Estado de Derecho y trabajar para el mejoramiento de la administración de Justicia.

Por cierto, el recurso de casación es el último intento, en sede provincial, de lograr la consolidación de un derecho que se estima vulnerado. Debe ser, dentro

de las racionales formas de procedimiento, de tránsito fácil y de conocimiento amplio, de modo que el tribunal pueda dar al justiciable, certeza de que su derecho ha sido bien o mal rechazado; es el derecho a la verdad jurídica objetiva y al derecho humano a la decisión justa. No pertenece ‘en propiedad’ al STJ, sino que es un cometido excelso deferido a un órgano compuesto de hombres y mujeres de conciencia recta, prudentes, estudiosos, que asuman su cometido como servicio, con amor, dedicación y esfuerzo. Es, además, el escalón que permite acceder a los estrados de la CSJN, a la que debiera restringirse su poder de veto (el ‘certiorari’ del art. 280, CPrCC), pues en sus manos está la definición última del problema jurídico, pero, esencialmente humano, de quien lucha por ‘lo suyo’ en concreto. A veces la vida misma, o la salud, a veces la propiedad, la seguridad, la libertad y la vigencia misma del orden jurídico y del Estado de Derecho.

Recuerdo al profesor Antonio María Hernández cuando habla de “Las emergencias y el orden constitucional”, y cómo las emergencias afectan el orden constitucional, “para intentar demostrar desde esta óptica, cómo y por qué se produjo la decadencia de nuestro Estado de Derecho a lo largo de nuestra historia institucional y cómo podemos efectuar modificaciones en la actualidad y en el futuro, con la finalidad de afirmar definitivamente los valores del Estado Constitucional y democrático de Derecho”. Acaso sea esta preocupación, y la incidencia de la ‘injusticia de la Justicia’, que oprime nuestro corazón con cada sentencia inicua, con cada abandono consciente del deber de dar a cada uno lo suyo, lo que, en definitiva, da sustento a este trabajo. Si lograra, con éste, interesar efectivamente a los Colegios de Abogados, conseguiría un punto de lanzamiento para que la ‘vieja promesa’ dejara de ser una quimera. Un cometido colosal, si se quiere, pero posible. Si el Hombre pudo acercarse al espacio sideral, en busca de respuestas, bien puede ilusionarse en lograr normas asequibles para todos, que regulen las relaciones sociales sobre la base de la libertad con responsabilidad; que el fuerte no abuse del débil; que el corrupto no se aproveche del decente; que hagan fructífera la convivencia humana con el respeto de la vida, del entorno, de la propiedad privada, de la igualdad ante la ley, de la eficaz persecución del bien común. Que sean normas positivas los brocárdicos romanos de *suum cuique tribuere*, *alterum non laedere* y *honeste vivere*.

Operar en contrario pone en riesgo la felicidad del Pueblo que, aunque no aparece en la Carta Nacional, está en el espíritu y en la letra de la Constitución norte americana, y, por cierto, ha sido impuesta por el Creador en el alma humana. Sin ánimo ni pretensión de identidad, pero como homenaje y recordación de Alberdi, digo:

“Hay siempre una hora dada en que la palabra humana se hace carne. Cuando ha sonado esa hora, el que propone la palabra, orador o escritor,

hace la ley. La ley no es suya en ese caso; es la obra de las cosas. Pero esa es la ley duradera, porque es la verdadera ley”.

Desde que no puedo aplicar el concepto de emergencia acuñado por la CSJN, como hizo en “Peralta”, por ejemplo, no tengo duda que, cuando se viola la Convención ADH, que integra -no dejaré de insistir en ello- la Ley Suprema de la Nación, entonces, es el orden jurídico el que entra en emergencia. Y, con ello, me estoy refiriendo a la situación actual en la que el STJ impone a los individuos un autoritarismo insensato, sometiéndolos al cumplimiento de formas que mucho se asemejan al sistema formulario, que estimábamos extinto en la noche de los tiempos.

Véase que, una de las garantías que no cesan en las situaciones de emergencia es, precisamente, el debido proceso legal. Recuerdo cuando vino a Buenos Aires el Secretario Ejecutivo de la CIDH, doctor Vargas Carreño, luego Canciller de Chile. Me senté en la primera fila del Aula Magna de la UBA, absolutamente llena, para escuchar su conferencia y, cuando dijo que el primer derecho humano era la libertad, moví instintiva y negativamente mi cabeza y no dejó de advertir el gesto, pues habíamos estado conversando previamente. Detuvo su exposición para referirse a mí, diciendo que había planteado una cuestión interesante ante la Comisión IDH; me puse de pie y le dije, que no dudo que la libertad es un derecho humano esencial, pero sin el debido proceso legal, no hay posibilidad de defender ningún derecho; y me senté. Compartió mi idea y siguió su exposición; nunca había sentido esa sensación de cuándo el aire parece que puede cortarse sólo con un cuchillo.

En diciembre de 1986, el Gobierno de Uruguay pidió a la Corte IDH, en Opinión Consultiva, que dé su opinión, con relación al art. 27 de la Convención ADH:

“en cuanto: a) la determinación de cuáles son ‘esas garantías judiciales indispensables’, y, b) la relación del artículo 27.2, en lo pertinente, con los artículos 25 y 8 de la Convención Americana”.

El art. 27, establece:

“Suspensión de Garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho

internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

*2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), **ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.***

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes...” (énfasis mío).

Uruguay amplió su pedido, recordando que la Corte IDH, en su opinión consultiva OC-8, de 30 de enero de 1987, sostuvo que:

“es durante estados de excepción o de emergencia en que el no funcionamiento de estas garantías judiciales es más grave para la intangibilidad de los derechos que no pueden suspenderse, ni aún en tales situaciones”.

Desde que una de las preguntas de Uruguay refería a la relación entre los arts. 27.2 y 25 y 8 de la Convención ADH, la respuesta había de ser efectuada mediante “especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”. En el párr. 20, se refiere al significado de “las garantías judiciales indispensables”, recordando su OC 8/87, de enero de 1987, como:

“aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo (27.2) y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud”.

Tengo para mí, que los procedimientos idóneos para asegurar los derechos referidos en el art. 27.2, son -deben ser- los mismos necesarios para la defensa de todos los derechos, pues, entre aquéllos, está el primer derecho que debe atender el Estado, que es la vida, la seguridad, la salud, de sus administrados (CS, 03/06/2021, “García”, antes citada, y Corte IDH, Caso “Niños de la calle (Villagrán Morales) c. Guatemala”, Fondo. Sent. N° 63, de 19/11/1999, párr. 164; Caso “Escué Zapata c. Colombia”, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 165, párr. 40; Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Calia) c. Venezuela”, Exc. Prels., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 150, de 05/07/2006, párr. 63; etc.).

Como ha dicho nuestra CSJN recientemente:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia (consagrado en los artículos 18, Constitución Nacional, –cfr. artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental-; y artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 2.3.a y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) exige el respeto al debido proceso, así como **el adecuado, oportuno y razonable tratamiento de los planteos deducidos por las partes**. La circunstancia de que ejercido ese derecho, la pretensión fuera desestimada por el juez competente, no supone una vulneración a dicha prerrogativa constitucional” (CS, 20/04/23, “R., A.”, *Fallos* 346:333; énfasis mío).

Volviendo a la cita del profesor Hernández, nuestra CSJN ha dicho que es un rasgo fundamental del sistema republicano de gobierno la existencia de mecanismos para evitar la concentración del poder y, en última instancia, evitar la dominación u opresión por parte de los gobernantes. Y sostiene, como he reclamado aplicar y apostrofar, en varias oportunidades, que nuestra CN se ha hecho eco de la misma preocupación al prohibir, bajo pena de nulidad insanable, la concesión de facultades extraordinarias, de la suma del poder público, o de sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna (art. 29). Por ello, es consustancial al sistema republicano que el poder sea ejercido en aras de la realización del bien común y con sujeción a las limitaciones que impone el Estado de Derecho (CS, 01/06/2023, “Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia”, *Fallos* 346:543, Cons. 10º, voto del juez Rosenkrantz). Entre ellas, la vigencia del debido proceso legal y de las garantías judiciales, necesarias y suficientes, para sostener los derechos, en calidad, intensidad, adecuación y oportunidad en que aparezcan vulnerados, dentro o fuera de situaciones de emergencia.

El profesor Hernández cita situaciones de emergencia, de las que varias o todas, han asolado nuestra tierra. Menciona los gobiernos de facto, el ‘corralito’, las intervenciones federales sin participación del Congreso, el estado de sitio en un supuesto específico, el abuso de los decretos de necesidad y urgencia (durante el gobierno del presidente Menem), las delegaciones legislativas.

Respecto de estas últimas, el STJ se cree autorizado a modificar por Acordada el CPrCC, y lo ha hecho a expensas del Poder Legislativo, ya en dos oportunidades, cuando lo relativo al dictado de las leyes de procedimiento es de competencia exclusiva de la Legislatura, lo que no le impide ejercer la facultad, que le es expresamente reconocida, de presentar ‘iniciativas’ al órgano legislador.

Me atrevo, con el debido respeto del profesor Hernández, agregar una nueva situación de emergencia, como es la prestación del servicio de justicia por el STJ del Chubut. El art. 5, CN, reconoce la legitimidad de los gobiernos de provincia

en tanto, aseguren la educación primaria obligatoria, el régimen municipal y la administración de justicia. El abuso de autoridad que supone el dictado de resoluciones y sentencias contrarias a la CN, a la CADH, que goza de igual supremacía que la primera y que, la CChu, hace suya (arts. 10 y 22, CChu), pone en acción los presupuestos normativos que destacan la existencia de tal abuso, que aplican al bien jurídico protegido ‘administración de justicia’, en el marco mayor de la administración pública (arts. 248, 269 y 274, CPN). Así como la provincia de Santa Cruz debió ser oportunamente intervenida ante la nula prestación del servicio educativo, donde los chicos pasan de grado sin haber ido a la escuela, debe operar sobre el Poder Judicial de Chubut; a pocos días del cambio de gobierno, la Legislatura ha admitido a trámite dos denuncias de juicio político contra uno de los jueces del máximo tribunal (que acaba de renunciar) y, es plausible, que se produzcan otros, pues ciertas designaciones fueron resistidas por los Colegios de Abogados en su momento, a quienes no se consultó sobre ellas y merecieron su cuestionamiento. Y, según creo, sostenido en la prudencia política y de los actos de gobierno, no es necesario un conflicto de poderes, bastando con que la Legislatura opere en libertad sus funciones constitucionales (arts. 165, segundo párr., y 198, segundo párr., CChu).

Para no abundar, el profesor Hernández sostiene que:

“urge subordinar los distintos tipos de emergencia y sus institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado Constitucional y Democrático de Derecho”.

Ese y no otro, con sus particularidades y fundamentos, es el cometido sustancial de este trabajo, porque la Ley Suprema se hizo para los argentinos y para todos los hombres del mundo que quieran habitar este hermoso suelo, en la medida que se sometan a ella y respeten el orden público interno de la CN (art. 27, CN).

Perdón, Señor, que use Tus palabras: “Felices los que ven y los que oyen”; que no arroje mi semilla entre cardos; que la semilla caiga en tierra fértil y dé frutos. Acaso, ¿no dijo el Señor, por boca de Isaías (Is. 56.1), “Respetad el Derecho y practicad la Justicia”?.-

Puerto Madryn, Chubut, Patagonia Argentina, julio de 2023-enero de 2024.