

LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, COMO NUEVA HIPÓTESIS DE SENTENCIA ARBITRARIA POR COSA JUZGADA ÍRRITA

MARCELO HORACIO GIL*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ámbito ordinario y excepcional del recurso extraordinario. 3. Hacia una definición de recurso extraordinario por sentencia arbitraria. 4. Nuevas hipótesis de arbitrariedad: Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que violan derechos humanos consagrados en el Derecho Internacional. 5. Caso "Riveros". 6. Los derechos sociales son derechos humanos internacionales de jerarquía constitucional. 7. Conclusión.

1. Introducción

El *Recurso Extraordinario Federal por Sentencia Arbitraria* (en adelante REF), fue producto de la labor creadora y pretoriana de nuestro máximo tribunal, quien en 1909, introdujo la nueva causal: por *sentencia arbitraria*, que hasta entonces se había limitado a los tres supuestos reglados en 1863, a través del art. 14 de la ley 48.

El sistema cerrado inicial, empezó a expandirse como consecuencia de la realidad jurídico social de nuestro país, captada por la labor de "*activismo judicial*" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS), que, aunque discutida, sobre todo desde los sectores más conservadores del pensamiento jurídico argentino que se basan en un

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba.

positivismo o excesivo rigor formal, limitando la labor del Juez a aplicar la ley, como si allí se agotaran las fuentes del derecho y la “supremacía constitucional” fuere un simple enunciado, reservando la labor “creadora” del derecho, como función exclusiva del legislador.

La Justicia, a través de los fallos ejemplares de la CS, recuperó su función esencial de aplicar todo el derecho, comenzando por la Ley Suprema y, en función de ello, fue creando en cada caso concreto, nuevos conceptos de derecho, que por su ejemplaridad provocaron seguimiento, dando lugar a una extensa “jurisprudencia”, que en más de una ocasión fue fuente de inspiración del legislador, para la sanción de nuevas reglamentaciones legales o reformas de la existente.

La elaboración doctrinaria de la causal que nos ocupa, es uno de los principales logros de la CS y está a punto de cumplir un siglo, sin que haya recibido reglamentación legal, pese a ser la causal más utilizada por los litigantes para lograr el debido control de constitucionalidad y reestablecer el derecho a la defensa en juicio, a través del debido proceso y la obtención de una sentencia fundada razonablemente en la ley. Es la ineficacia de los recursos extraordinarios locales (casación e inconstitucionalidad provincial), lo que ha provocado la inobservancia o errónea aplicación de la ley procesal y sustantiva, dejando incólume sentencias arbitrarias que, en definitiva, debieron ser anuladas por la CS, ya que la arbitrariedad es signo inequívoco de inconstitucionalidad y, como tal, bien puede encuadrar como una cuestión de inconstitucionalidad que encuadre en el inc. 2º del art. 14 de la ley 48 y, de última, como una nueva causal de origen pretoriano de la CS, cuando la arbitrariedad se produce por violación de las reglas de la sana crítica racional.

2. **Ámbito ordinario y excepcional del recurso extraordinario**

Seguidamente y para aclarar el contenido y alcance del REF, haré una breve referente a la clasificación efectuada por el Dr. Genaro Carrió¹,

¹ CARRIÓ, Genaro, *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Abeledo-Perrot, Bs. As., ps. 21 a 27.

plasmada en su obra cumbre “*El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*”, quien nos dice: “*El ámbito normal u ordinario* (el destacado me pertenece) *es el que resulta establecido en los tres famosos incisos del art. 14 de la ley 48 ... Si no concurre alguna de estas circunstancias, las decisiones dictadas por los tribunales de provincia o por las Cámaras Federales, en las respectivas esferas de su competencia, son en principio irrevisables* (el destacado me pertenece) *por la Corte Suprema... Cuando ocurre alguna de las circunstancias apuntadas* (incs. 1, 2 y 3 del art. 14 de la ley 48) *se dice que en el pleito hay una cuestión federal ... Desde hace algunos años es requisito adicional que la cuestión federal no sea insustancial o baladí* (es el requisito de la trascendencia federal de la cuestión debatida) -el agregado me pertenece-. *Las cuestiones federales son, pues, cuestiones de derecho: se refieren a la interpretación de normas y actos federales, y a los conflictos entre éstos y actos locales. Ello excluye las cuestiones de hecho del ámbito normal del recurso extraordinario* (En éste sentido no se debe que olvidar que el art. 15 de la ley 48, y el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional -en adelante CN-, marcan un claro límite en torno a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). *Las cuestiones federales, valga la perogrullada, son cuestiones federales*”.

En cambio el ámbito excepcional del Recurso extraordinario está abarcado en gran parte por lo que ocupa nuestro estudio en el presente trabajo, esto es, las sentencias arbitrarias, o siguiendo al maestro Dr. César Enrique Romero², las *sentencias inconstitucionales*, ya que sostenía que: “*La terminología sentencias arbitrarias, no es la adecuada, sino que la correcta es la de “sentencias inconstitucionales”, ya que cuando la Corte controla y declara arbitraria una sentencia de un tribunal provincial ó nacional, que llega a sus estrados, en el fondo no revisa la versación jurídica de esa sentencia, no procura enmendar el error jurídico.* (Adviertan que siempre va a estar el límite infranqueable del art. 15 de la ley 48 y el art. 75, inc. 12 de la C.N.) *La Corte revisa si el juez, el organismo jurisdiccional, ha cumplido su función conforme a las exigencias constitucio-*

² ROMERO, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Zavallia, t. I, ps. 345-347 a 348.

nales del debido proceso... cumplir con la exigencia de fundar la sentencia... verificar si esa sentencia no es el resultado de violaciones o quebrantamientos rituales o de fondo aludidos en las cláusulas constitucionales... Es decir, si el debido proceso no ha sido deteriorado... No pensamos que se trata de una aplicación de normas no federales, sino simplemente de controlar la constitucionalidad de la sentencia. Por eso esas sentencias más que arbitrarias deben llamarse sentencias inconstitucionales...”.

Por ello afirmamos que nos encontramos en presencia del ámbito excepcional del REF, por el motivo de haberse dictado una sentencia arbitraria, lo que en definitiva es inconstitucional, por haberse violado reglas procesales que hacen al debido proceso (como la violación de los principios de la sana crítica racional en el modo de apreciar la prueba, que siempre es sobre hechos) o, por apartarse de las constancias objetivas de la causa o, porque la arbitrariedad se cometió al interpretar y aplicar la ley sustantiva. Por ello, el ámbito de acción del recurso extraordinario se expande hacia motivos o causales de casación que no han sido subsanados a través del sistema recursivo local, siendo por ello revisable el fallo por la CS, quien siempre será el intérprete final de la Constitución Nacional, en resguardo del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18 C.N.).

3. Hacia una conceptualización de recurso extraordinario por sentencia arbitraria

Según lo adelanté supra, la doctrina de la arbitrariedad, tuvo su primera aproximación en el año 1909 con el caso “Rey c/ Rocha”³, donde el máximo tribunal, sin entrar a resolver el fondo del asunto, dijo lo siguiente: “*El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovista de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes”.*

³ CSJN, Fallos 112:384.

El párrafo transcrito supra, demuestra la existencia de una descalificación de sentencia por ser arbitraria, pero no nos define qué es la arbitrariedad. Es por ello que a partir de ese caso y examinando los demás, llego a compartir el pensamiento del Dr. Genaro Carrió en el sentido de que no solo es imposible, sino que es inútil alcanzar una definición lo suficientemente global, abarcativa, completa y autosuficiente que agrupe todas las características multidimensionales del fenómeno jurídico conocido como de "sentencia arbitraria", aunque difiero en orden a los fundamentos que conllevan a tamaña conclusión. Esto lo sostengo, debido a lo siguiente:

En la génesis de las dificultades con que se ha visto la doctrina para lograr alcanzar una definición de sentencia arbitraria, se encuentran coincidencias absolutas con las dificultades que tuvieron que enfrentar los filósofos del derecho para lograr una definición de la palabra "*derecho*". En éste tópico, seguiré las enseñanzas del filósofo del derecho H. L. A. Hart⁴, que cuando intentaba explicar las dificultades de encomendarse a la tarea de definir el término derecho, manifestaba que la raíz del problema se debe a que la palabra derecho adolece de tres problemas, o dificultades, que son propias de las palabras del lenguaje natural, y estos son: *vaguedad, ambigüedad y carga emotiva*. Dichos inconvenientes se constituían en verdaderos obstáculos a la hora de encontrar una posible definición de la palabra derecho, y nos enseñaba que más que esperar lograr encontrar una definición lo más completa posible del término derecho, lo que debemos hacer es descubrir *los criterios de uso de dicha palabra*. Y advierta el lector lo siguiente: con la palabra *arbitrariedad*, sucede exactamente lo mismo, y esta es la raíz de las dificultades que habitualmente encontramos cuando procuramos elucidar una definición de arbitrariedad, con el agravante de que en éste caso, quizás la palabra en cuestión, tiene un mayor grado de carga emotiva que lo que sucede con la palabra derecho. Es más y siguiendo las enseñanzas del Dr. Carrió, la actividad del máximo tribunal de nuestro país, cuando declara procedente un REF por sentencia arbitraria, lo que hace es esgrimir una función "*descalificadora*" de la sentencia, por contener arbitrariedades cometidas por el Juzgador, que no son derivación razonada de las circunstancias objetivas de la causa, ni del derecho vigente. Entonces, lo que se debe intentar en este punto, siguiendo a Hart, es descubrir los criterios de

⁴ HART, H.L. A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., Cap. 1

uso lingüísticos del término y su sentido jurídico, que utilizan los ministros de la CS, para individualizar o singularizar la arbitrariedad verificada en el caso concreto resuelto.

El Dr. Carrió, en forma muy atinada y precisa, dice lo siguiente: “*La arbitrariedad -como materia estrictamente excepcional del recurso extraordinario -no consiste en la mera disconformidad con la interpretación que hacen los tribunales de justicia de las leyes que aplican y en tanto no exceden las facultades de apreciación de los hechos y del derecho que son propias de su función (Fallo 234:157) y cuyo acierto o error no incumbe a esta corte revisar (fallos 234:743; 237:142)*”. En éste sentido, desde antiguo la CS ha señalado, como exigencia formal, que las decisiones de los jueces deben contener *motivación y fundamentación* suficientes, cuya carencia no sólo determina un vicio de naturaleza procesal, sino una verdadera trasgresión constitucional a al derecho a la defensa en juicio y a la garantía del debido proceso. Como motivación se ha entendido la relación y derivación razonada de los hechos invocados y comprobados de la causa; y como fundamentación la derivación razonada de la aplicación del derecho vigente, en forma congruente a la acción y pretensiones esgrimidas por las partes. Se debe respetar la traba de la litis y la consideración de las pruebas decisivas para la solución del litigio. Según reiterada jurisprudencia de la CS, el REF no tiene por objeto corregir pronunciamientos equivocados. Su procedencia requiere un apartamiento de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. Si así no fuera, la CS se transformaría en un simple tribunal de apelación de todas las sentencias provinciales y federales, lo que significaría el colapso funcional de la CS.

Por dichas razones, el criterio para descalificar a una sentencia por arbitraria, es eminentemente *casuístico* y la CS sólo lo puede llevar a cabo en el “caso concreto”. Para dicha labor resulta valioso a título ilustrativo, la clasificación de las causales de arbitrariedad que desarrollan los autores con distintos criterios, pero teniendo en común que no agotan la enunciación de todos los supuestos y que se basan en la jurisprudencia que ha ido elaborando la CS. En tal sentido, resulta importante la clasificación que hace el Dr. Carrió⁵ -a la cual nos remitimos-, quien reconoce

⁵ *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Abeledo-Perrot, Bs. As., Segunda Parte.

que las distintas categorías que analiza no son nítidas, y que existen zonas de penumbra y áreas de superposición entre ellas⁶. Para los casos que este autor no menciona, seguimos la noción general de arbitrariedad, que se configura cuando un fallo no deriva razonadamente del derecho vigente, según las circunstancias comprobadas de la causa.

Entre otras clasificaciones ensayadas por otros autores, podemos citar la que hace Fiorini, quien menciona tres especies: sentencias que prescinden de los contenidos esenciales del litigio, o que alteran o sustituyen tales contenidos esenciales y sentencias contradictorias⁷. Sagüés las divide en arbitrariedades fácticas, normativas y concurrentes, y a su vez, las dos primeras contienen distintas clases o categorías⁸.

Palacio⁹ y Guastavino¹⁰, prefieren examinar las causales principales y más frecuentes de arbitrariedad, evitando realizar una clasificación que intente comprender todos los casos posibles.

4. Nuevas hipótesis de arbitrariedad

La reforma constitucional del año 1994, produjo una importante modificación en el orden de prelación jerárquica de validez de las normas constitucionales, en orden al principio de “supremacía constitucional”. Hasta el año 1994 el orden se establecía en función del art. 31 de la C.N., conforme a la figura de la pirámide, en cuyo vértice se encontraba la Constitución Nacional como ley suprema, única norma que le otorga validez a todo el sistema. En aquella época, la discusión estaba dada por el monismo vs. dualismo, o si se quiere, el conflicto de supremacía que mantenían el derecho interno vs. derecho internacional. En una primera épo-

⁶ CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., ob. cit., t. 1, p. 56.

⁷ FIORINI, Bartolomé, “La sentencia arbitraria”, L.L. t. 130, p. 1161.

⁸ SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, 4ª ed., Astrea, Bs. As., 2002, t. 2, p. 144.

⁹ PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, p. 232.

¹⁰ GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Rocca, Bs. As., 1992, t. 1, p. 525.

ca la doctrina pacífica de la C.S.J.N. en orden a la aplicación del art. 31 de nuestra Carta Magna, se inclinaba por realizar una interpretación literal del citado art. 31, es decir: Primero Constitución, Segundo Leyes dictadas por el Congreso de la Nación, y Tercero, Tratados Internacionales celebrados con potencias extranjeras. Dicha interpretación permaneció invariable hasta que en el año 1992 la Corte Suprema de Justicia dictó el fallo: “Ekmekdjian c/ Sofovich”, donde hizo prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno, declarando operativa la cláusula del Pacto de San José de Costa Rica que establecía el derecho de réplica. Este antecedente llevó a los constituyentes de 1994 a introducir un cambio fundamental en el ordenamiento jurídico argentino, incorporando en nuestra CN el art. 75, inc. 22, que consagra un nuevo orden jerárquico normativo, que al decir del Dr. Ricardo Haro, ha dejado de ser una pirámide para transformarse en un trapecio, en donde en el segmento superior se encuentra la CN y los Tratados de Derechos Humanos, otorgándose a éstos igual jerarquía normativa constitucional, pero que no derogan artículo alguno de la CN, y se consideran *complementarios* de las declaraciones, derechos y garantías que reconoce nuestra CN. En un segundo nivel de jerarquía se encuentran tratados internacionales de integración, los simples tratados, los acuerdos internacionales y concordato con la Santa Sede, es decir, aquellos que no están incorporados al texto de la Constitución, pero que por expresa disposición del constituyente de 1994 tienen jerarquía supralegal. Y en un tercer escalón se encontrarían las leyes dictadas por el Congreso de la Nación y tratados provinciales internacionales con conocimiento del Congreso de la Nación. Con lo cual el sistema de jerarquía constitucional ha sufrido un agregado importante, que se encuentra constituido por los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

La incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía normativa constitucional, es el principal elemento que tomo en cuenta para esta ponencia. En tanto y en cuanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación o los tribunales inferiores, desconozcan la supremacía de los derechos humanos de raigambre constitucional, estarán dictando sentencias inconstitucionales, que no respetan la jerarquía reconocida por el art. 75 inc. 22 de la C.N., en función del art. 31 de la Ley Fundamental. A continuación, nos detendremos en un importante antecedente sobre esta cuestión.

5. Caso “Riveros”¹¹

El caso se inició con la presentación conjunta efectuada por un grupo de querellantes, integrado por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda, Juan M. Castiñeiras, Ana M. Astudillo y Alicia Palmero, esta última en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos.

Los peticionarios solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/1989, mediante el cual el Poder Ejecutivo nacional indultó, entre otros, a Santiago O. Riveros por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de San Martín. Cabe recordar que dicha Cámara Federal con otra integración, se pronunció por la constitucionalidad del mencionado decreto, decisión que quedó firme, ya que la CS rechazó el REF que se interpuso.

El Juzgado Federal de San Martín, hizo lugar a la presentación, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/1989 y dispuso privar de efectos, dentro de las actuaciones principales, a la totalidad de los actos y resoluciones dictadas como consecuencia del decreto mencionado. Dicho pronunciamiento fue apelado por el abogado defensor de Santiago O. Riveros, con fundamento -entre otros-, en la excepción de cosa juzgada en relación con el sobreseimiento dictado con anterioridad. La Cámara Federal de San Martín, acogió el recurso de la defensa con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa 85 acerca de la validez del indulto presidencial. Entre otras ponderaciones señaló que el indulto era un acto privativo del presidente de la República, una potestad discrecional que podía concederse incluso a los procesados. Agregó que aunque la solución de autos pudiera presentarse como repudiable desde el punto de vista estrictamente moral, ni el alcance otorgado al marco normativo vigente al momento de dictarse el indulto, ni los elementos incorporados referentes al nuevo contexto internacional jurídico del país, tenían relevancia para revisar los efectos derivados de la vigencia y aplica-

¹¹ CSJN, 13/07/2007, en autos “Sara de Castiñeiras y otros - Acción declarativa de certeza”.

ción de aquél, ya que generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación habría quedado entonces consolidada.

Apelado dicho pronunciamiento, por distintos grupos de querellantes, la sala 2ª de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto. Se recordó que la reforma constitucional de 1994 acordó jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 Ver Texto, inc. 22, CN.). Cabe recordar que la garantía de la cosa juzgada ha sido reconocida por nuestros tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expresamente prevista en los arts. 8, inc. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte, al referirse a dicha garantía ha sostenido que «la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional» (Fallos 312:122; 313:904, 313:1297). Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el tribunal entendió que la afectación a «...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes... no debe ceder a la razón de justicia» (Fallos 254:320); y que es conocido el principio conforme al cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando «... no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio...» (Fallos 279:54, entre otros). Cabe tener presente además que la cosa juzgada se dirige a

lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal (Fallos 315:2680). Así, ambas garantías se encuentran íntimamente interrelacionadas en cuanto a su objeto y fin. Respecto de la prohibición a la doble persecución penal, la jurisprudencia de la Corte ha sido inspirada en la de su par norteamericana (Fallos 299:221; 298:736). Ello lo fue incluso al definir su objeto que es “impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad” (Fallos 298:736). Que, lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *non bis in idem* como la *cosa juzgada*.

Ello es así en la medida que los estatutos de los tribunales penales internacionales y los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso. Por ello el Estatuto de la Corte Penal Internacional otorga un carácter acotado a la cosa juzgada. En efecto: en art. 20 señala que “el tribunal internacional entenderá igualmente en aquellos crímenes aberrantes, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia. Por su parte el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, expresa que la persona que ha sido juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan serias violaciones al derecho internacional humanitario, puede ser subsecuentemente juzgado por el tribunal internacional cuando los actos por los cuales ha sido juzgado fueron calificados como delitos comunes, o cuando el proceso ante el tribunal nacional no fue imparcial o independiente y fue preparado para proteger al acusado de su responsabilidad internacional o la investigación no fue diligente. Es de público conocimiento que ciudadanos argentinos han puesto en marcha la jurisdicción extranjera para obtener condenas que no podían reclamar en la jurisdic-

ción nacional, que hubo condenas en el extranjero, y que han mediado pedidos de extradición por esos crímenes, es decir, el principio universal, que era una mera posibilidad potencial, con posterioridad ... comenzó a operar en forma eficiente y creciente. La Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del *non bis in idem*", concluyó el máximo tribunal en el voto de la mayoría.

6. La nueva doctrina del caso "Riveros" y su relación con los demás derechos humanos, en especial los derechos sociales

No cabe la menor duda que los "derechos sociales" integran el listado de los Derechos Humanos reconocidos con jerarquía normativa constitucional en la reforma de la CN en 1994.

Al respecto cabe recordar que los derechos sociales, denominados derechos humanos de segunda generación, recibieron recepción constitucional, en primer término, con la Constitución de 1949, y luego, con posterioridad, fueron incorporados mediante la reforma de 1957, a través del art. 14 bis de la CN, aunque la legislación ya había receptado desde 1905 a numerosos derechos sociales, con encuadre en el *bienestar general* y en la llamada Cláusula del Progreso (entonces art. 67 inc. 11, hoy 75 inc. 18 de la C.N.). Con respecto a todos ellos rige el principio de "progresividad", de modo que no se puede retroceder a viejas épocas de desconocimiento de dichos derechos, en pro de élites o grupos dominantes.

Entre los tratados de derechos humanos a los que se reconoce jerarquía normativa constitucional en la reforma de 1994 a la CN (art. 75 inc. 22), se encuentran -entre otros instrumentos internacionales- en: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconocen derechos sociales, como: el derecho

a una retribución justa, condiciones dignas y equitativas de labor, protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleado público, jubilaciones y pensiones móviles, -entre otros-. ¿Qué pasa con las sentencias dictadas por la CSJN y tribunales inferiores, que han desconocido la operatividad de los derechos sociales, con posterioridad al año 1994? ¿Serán revisables y declaradas nulas, o quedarán como especies de arbitrariedades que hay que tolerar por la teoría *consecuencial*?

Todos los derechos humanos gozan del estándar jurídico de la jerarquía normativa constitucional, sin que se fije ningún orden de jerarquía de derechos o de exclusión de algunos de ellos o que autorice a *dispensar mayor protección a ciertos derechos humanos en desmedro de otros*, por lo que todos los derechos humanos que tengan dicha jerarquía deben gozar de igual sistema protectorio.

En consecuencia, si el principio de “cosa juzgada”, reconoce como limitación el respeto y operatividad de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, y, además, existen elementales necesidades de hacer prevalecer la *justicia* y la *equidad*, tal cual lo afirma el voto de la mayoría en el caso Riveros, articulando ante el máximo tribunal mediante un recurso de Revisión sui géneris.

Surge así, un nuevo cuestionamiento al cierre pétreo que significaba la cosa juzgada, generando hasta una nueva denominación, contradictoria en el concepto, al tradicional de cosa juzgada (como perfección), la “*cosa juzgada irrita*” (como imperfección)¹². Ello trae aparejado el dilema de cómo mantener la confianza en el sistema a pesar de su revisión y debilitar la desconfianza en la falibilidad y la frustración del fin jurisdiccional. Por otro lado y simultáneamente, se impone la defensa abstracta de la *confiabilidad*, asumiendo que, de existir la situación de cosa juzgada irrita, se revertirá para mostrar la justicia del sistema (el dilema es sustancial en la teoría de los sistemas)¹³.

¹² *Diccionario de la lengua española*, vol. II, p. 1191. Inválido, nulo, sin fuerza ni obligación, Ed. Real Academia Española, Madrid, 1992. HITTERS, H., *Revisión de la cosa juzgada*, Platense, La Plata, 2001.

¹³ KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1985; BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1987.

El REF no se articuló para desbaratar la cosa juzgada írrita, sino para eliminar un obstáculo al descubrimiento de la verdad real, al punto de que cabe poner de resalto que sólo hubo “*cosa no juzgada*”, por especial deferencia con el actuar del poder político.

Luego, si ello es así, resulta lógico concluir que por elementales razones de justicia y conforme al voto en disidencia de la Dra. Argibay, se puede revisar la constitucionalidad de los fallos dictados por la misma CS, durante la década del 90, que con otra integración, cercenó las garantías constitucionales que hacen a la protección de los “derechos sociales”, como aconteció con los fallos que desconocieron la estabilidad “propia” del empleado público (transformándola en una estabilidad “impropia”), las que convalidaron la constitucionalidad de la Ley de Riesgos N° 24.557 (como el caso “Gorosito” o el caso “Gangi” [del TSJ de Cba.] y tantos otros que le siguieron con igual sentido, provocando la nulidad de fallos de órganos judiciales de menor jerarquía, que habían respetado la supremacía constitucional de los derechos sociales), los que menoscabaron los derechos de los jubilados a obtener una jubilación móvil, de acuerdo a la manda del art. 14 bis, etc.

7. Conclusión

El objetivo central de este trabajo se dirige a realzar la importancia y jerarquía de los “derechos sociales”, como soporte real de una efectiva y equitativa justicia distributiva. No queremos que haya algunos iguales que sean más iguales que otros, y que ello se produzca a través de sentencias que han violado derechos sociales, en definitiva derechos humanos sociales, sin contener el debido fundamento legal, ni respetar la directriz del principio protectorio. Por ello, arrastran arbitrariedades que resultan írritas, y le restan legitimidad.

El objetivo fundamental de nuestra Justicia, es cumplir con la función preambular de “*afianzar la Justicia*”, con especial énfasis en la real protección de los “derechos sociales”, para darles el carácter operativo que tienen (art. 75 inc. 23 de la C.N.), con sentido progresivo y alcanzar con ello, una auténtica Justicia Social. Se debe romper definitivamente con todo intento de desnaturalización o desmontaje de la Constitución,

del principio protectorio (art. 14 bis CN), y otras garantías establecidas a favor del trabajador público y privado, de los jubilados, de la niñez, de la ancianidad, de los discapacitados, de la mujer embarazada, ya que éstos -entre otros- están reconocidos como derechos humanos con jerarquía normativa constitucional. Los derechos humanos con jerarquía normativa constitucional, tienen una prevalencia que no puede quedar subordinada a actos de los poderes constituidos que desvirtúan el contenido de aquellos.

El dilema es: ¿es posible accionar por la revisión de la cosa juzgada irrita, en materia de derechos sociales y recomponer el patrimonio de los afectados (trabajadores, jubilados, empleados públicos o privados, etc.)?. O ello ¿implicará una grave violación a la *seguridad jurídica* por parte del sistema jurisdiccional, que desde el punto de vista del orden social sea preferible mantener el cerrojo de la “autoridad de la cosa juzgada”?. Ya sea que esa “cosa juzgada” se invoque como un cierre arbitrario o autoritario, que ponga punto final al problema; o que se lo invoque con sustento en la “voluntad general”, como parte del consentimiento del contrato social fundante, que no es otro que la realidad consensuada por la élite dominante¹⁴.

Permitir esto último, equivale a revertir al principio de supremacía constitucional, protegiendo al más fuerte y no al más débil de la relación jurídica que se encuentra inserto en la “cuestión social” de que se trate.

Nos inclinamos por que debe permitirse en casos excepcionales la revisión de la cosa juzgada patrimonial, como parte del proceso de una sociedad justa y no de una sociedad con sistemas eficientes¹⁵.

Por ello, nos adherimos al pensamiento de Ghersi, y proponemos que, con respecto a los derechos sociales que hacen a la dignidad de la persona, como derecho personalísimo, la revisión de la cosa juzgada no sólo es posible sino que es saludable para la república y el sistema, conforme a los valores inmateriales que ello significa como afianzamiento del

¹⁴ ROUSSEAU, J.J., *El contrato social* (fundamentalmente en la construcción del Estado moderno a través de la idea del consenso en la organización).

¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta - Agostini, Barcelona, 1993; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 2001.

desarrollo humano-social (art. 75 inc. 19 CN) y solidarista, basados en la dignidad (art. 14 bis CN)¹⁶.

¹⁶ GHERSI, Carlos A., "La cosa juzgada, los derechos personalísimos y los derechos económicos", L.L. 27-09-07, ps. 1/3.