

## **PRESENTA MEMORIAL**

**SR. PRESIDENTE DE LA SALA II**

**DE LA CÁMARA FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA  
CIUDAD DE BUENOS AIRES:**

**Jose Luis Espert** por derecho propio y en mi carácter de pretense querellante y amicus curiae con el patrocinio letrado del Dr. **PABLO ABDÓN TORRES BARTHE** (Tº 112 Fº 828 C.P.A.C.F.), con domicilio constituido oportunamente en autos el Numero 23236703819, en la causa **4166/2022** que tramita ante ese Tribunal, caratulada "**FERNANDEZ, CRISTINA Y OTROS S/ASONADA**", a V.E. me presento y digo:

### **I.- OBJETO.**

Que en legal tiempo y debida forma vengo por el presente, de conformidad a presentar el memorial sustitutivo de la audiencia oral y pública conforme la notificación recibida por esta parte.

### **II.- AMPLIA FUNDAMENTOS**

Entiendo y soy consciente que lo planteado resulta novedoso, pero no por ello el derecho deja de asistirme en mi pretensión.

Mi pretensión se trata nada más y nada menos que de ejercer el derecho constitucional previsto explícitamente en el art. 36 que dice: *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”*.

La primera observación que quiero enfatizar es que el enunciado del artículo no refiere a ciudadanía, pueblo, país o algún otro sustantivo colectivo, sino que habla de **TODOS LOS CIUDADANOS**, con lo cual es claro que nos encontramos ante un netamente derecho individual y no a algo abstracto referido a algún colectivo con derechos.

También, como ya lo he referido en el escrito de apelación fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo del 8 de noviembre de 2022 quien habilito el ejercicio del derecho de resistencia al encuadrar los hechos investigados en los normados en el artículo 36 de la Constitución Nacional al decir *“No puede dejar de mencionar este Tribunal que la realización de acciones que, con apariencia de legalidad, procuran la instrumentación de un artificio o artimaña para simular un hecho falso o disimular uno verdadero con ánimo de obtener un rédito o beneficio ilegítimo, recibe un enfático reproche en múltiples normas del ordenamiento jurídico argentino. Tal reproche se acentúa cuando el ardid o la manipulación procura lesionar la exigencia de representación política (en este caso, con relación a las minorías), aspecto de suma trascendencia para la forma de gobierno representativa adoptada por el texto constitucional argentino y, en*

*definitiva, su ideario democrático (artículo 36 de la Constitución Nacional). ...*" (el resaltado me pertenece).-

Entiendo que el análisis del máximo tribunal es correcto porque no se queda en la literalidad del artículo de la Constitución y le da un sentido amplio al concepto de actos de fuerza. En efecto, un acto de fuerza no solo puede ser un acto violento propiamente dicho sino que además puede ser la imposición de la mayoría por sobre las minorías sin llegar a ejecutar ningún tipo de violencia. **En estos casos se usa la fuerza del número sin ningún tipo de violencia pero no por eso no deja de forzarse la letra y el espíritu de la Constitución tal como lo explica la Corte Suprema.**

Es interesante bucear en la evolución de este derecho que se remonta a Platón y Aristóteles, podríamos decir que su origen es de carácter iusnaturalista. Debemos entender a la resistencia, *sensu stricto*, en su forma más primaria, como "derecho natural", innato al ser que defiende su libertad.

Si bien nace en la antigua Grecia, es con la evolución de las ideas liberales que se va moldeando e incorporando al derecho positivo en el derecho de los distintos países.

Así en el acta de la declaración de independencia EEUU de 1776 se lee "*Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se*

*haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.”*

Luego en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Revolución Francesa de 1789 “2. *La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”*

Más tarde fue reformulado el 24 de junio de 1793 haciéndolo más explícito en Francia y se dijo “*Artículo 33. La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre. Artículo 34. Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social es oprimido. Artículo 35. Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada una de sus porciones, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.”*

En aquella época inicial de los Estados Republicanos el derecho de resistencia siempre aludía de una u otra forma a su ejercicio violento.

En Argentina quien escribe sobre tal derecho es Esteban Echeverría en su libro **Los Ideales de Mayo y la Tiranía**, libro que fue formulado en durante la tiranía de Juan Manuel de Rosas, allí explica “*Gobernar es obrar conforme a ciertas y determinadas reglas, y de*

*aquí viene que se ha dado el nombre de gobernantes a los magistrados elegidos para obrar conforme a estas reglas, que no son otras que las leyes. **El poder arbitrario e ilimitado de uno o muchos, llámese tiranía, despotismo o anarquía, no son gobiernos, porque no reconocen más regla ni ley que el capricho o voluntad individual. Hay usurpación de la soberanía toda vez que uno o muchos se arrojan el poder y el gobierno que solo pertenece a las leyes***

Luego advierte *“Supongamos que el pueblo o una fracción de él prevalido de la fuerza atacase los derechos de uno o muchos de sus miembros: el miembro o miembros injuriados podrían mañana, si se hallasen poderosos, hacer otro tanto en represalia, y la violencia, la guerra y el crimen vendrían, como entre los salvajes, a ser el derecho común”*

Agrega **“Cuando los magistrados o gobernantes violan los derechos del pueblo o del ciudadano y éste no encuentra amparo en las leyes, la insurrección es para cada ciudadano y para el pueblo el más indispensable y sagrado de sus deberes”**

La lógica de Echeverría resulta de vital importancia para el presente caso porque reconoce el derecho de resistencia tanto para la tiranía como para el despotismo y aún para la anarquía. También reconoce dicho derecho para quien se salga de la ley estando en el gobierno y además reconoce ese derecho como del ciudadano y del pueblo, es decir como un derecho individual o colectivo.

La Constitución Argentina luego de la reforma de 1994 cuando inserta el artículo 36 expresa la misma lógica de reconocer ampliamente ese derecho contra un gobierno tiránico o

despótico y haciendo del derecho de resistencia un derecho individual.

Si bien, a lo largo de la historia siempre se aludió al derecho de resistencia como una forma violenta de restaurar el imperio de la ley o combatir a una tiranía, no menos cierto es a lo largo del tiempo la humanidad evoluciona a formas más pacíficas de ejercer tal derecho, Mahatma Gandhi en la India a mediados del Siglo XX es tal vez, el caso más conocido con su resistencia pacífica, luego la comunidad afroamericana de Estados Unidos con Martin Luther King hace un salto cualitativo a dicho derecho combinando protestas pacíficas y acciones judiciales.-

Lo que se pretende en esta causa es ejercer el derecho consagrado en el art. 36 de la Constitución Nacional de manera enteramente legal y el instrumento adecuado para hacerlo es la constitución como querellante en la causa, de no aceptarse la se estaría vaciando de contenido el derecho constitucional de resistencia. En palabras de Echeverría sería *“Cuando los magistrados o gobernantes violan los derechos del pueblo o del ciudadano y éste no encuentra amparo en las leyes, la insurrección es para cada ciudadano y para el pueblo el más indispensable y sagrado de sus deberes”*

Lógicamente la evolución de la humanidad no recomienda las vías de hecho para repeler los actos despóticos del gobierno de hecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada por la ONU el 10 de diciembre de 1948 en las

razones para promulgar tal declaración que están expuestas en su preámbulo expresa “ *considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*”

Es prístino que dicha declaración con jerarquía Constitucional en Argentina se promulga entre otras cosas para evitar que el supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión no sea ejercido por las vías de hecho.

También es importante destacar que en el art. 21 de tan importante declaración refiere “*1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.*”

Esta declaración con jerarquía constitucional hecha por tierra el argumento del Juzgado de Primera Instancia, porque la Corte Suprema en el fallo Luis Juez refiere que lo que se está violando es el sistema de representativo del art. 1 de la Constitución Nacional que lógicamente es derivado y se instrumenta mediante el sufragio y el referido artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos le otorga el carácter de individual a derecho de

representación al manifestar “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos” Resalto que no refiere ni a pueblo ni a ciudadanía sino que habla de Toda persona en singular, con lo cual, si se viola el sistema de representación cualquier ciudadano es afectado directo y se encuentra particularmente ofendido en su derecho al sufragio y a la representación en cualquier organismo estatal porque el artículo de la Declaración no diferencia entre organismos ni los limita.

Entonces una interpretación amplia y correcta del art. 82 del Código Procesal Penal que refiere *“Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan.”* en armonía con el art. 36 de la Constitución Nacional que establece *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”* **NO DEJAN LUGAR A DUDAS EN MI CONDICION DE PARTICULAR DAMNIFICADO Y POR CONSIGUIENTE MI DERECHO A SER QUERELLANTE EN LA PRESENTE CAUSA.**

Cualquier otra interpretación que se haga de la situación implica vaciar de contenido no solo al art. 36 de la Constitución Nacional sino también al art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que posee jerarquía constitucional.

Además se estaría desconociendo el precedente de la Corte Suprema de Justicia que encuadro los hecho como violatorios al art. 36 de la Constitución Nacional.

En cuanto al restante agravio respecto de ser amicus curiae entendiendo que en el escrito de apelación se ha fundamentado acabadamente el mismo doy por reproducidos los argumentos en honor a la brevedad expositiva.

**SOLICITO ENCARECIDAMENTE A VVEE QUE MEDITE Y CONTESTE SOBRE LOS ARGUMENTOS AQUÍ EXPUESTOS Y SE PRONUNCIE SOBRE LOS ALCANCES DEL ART. 36 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y LA FIGURA DEL QUERELLANTE EN LOS TERMINOS EXPUESTOS.**

**III.- HACE RESERVA DE CUESTION FEDERAL Y DE OCURRIR EN CASACION**

Por encontrarse en juego mi derecho de resistencia consagrado en el art. 36 de la Constitución Nacional y su interpretación es que hago reserva de caso federal y de ocurrir a nuestro más alto tribunal en caso de ser necesario.-

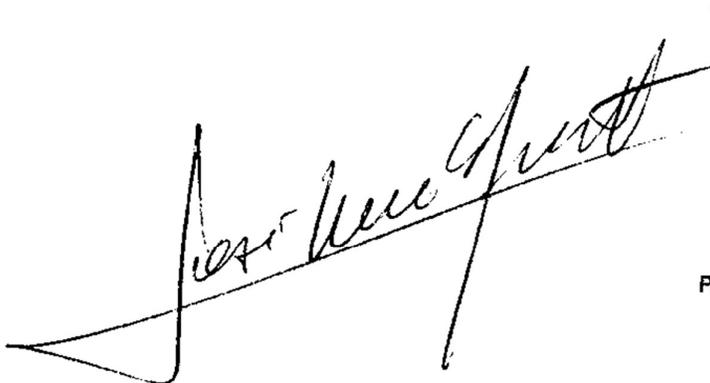
Por lo hasta aquí expuesto es que solicito

**IV.- PETITORIO.**

1) Se tenga por presentado en legal tiempo y forma el memorial sustitutivo y se haga lugar al recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 24 de noviembre de 2022.

2) Se tenga presente la reserva del Caso Federal  
efectuada.

**Provea V.S. de conformidad, que  
SERA JUSTICIA.-**



PABLO A. TORRES BARTHE  
ABOGADO  
Tº 112 Fº 82º CPACF  
Tº 16 Fº 169º CASM  
Tº 128 Fº 884º GFSM