

Esc
ESCUELA DE
CAPACITACIÓN JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

XV CONGRESO
NACIONAL
DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

23, 24 y 25 de noviembre 2011

CENTRO CULTURAL MELIPAL
ESQUEL – CHUBUT

ORGANIZAN:

Escuela de Capacitación Judicial
del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

REFLEJAR

Red de Escuelas Judiciales de las Provincias Argentinas
y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires/Ju.Fe.Jus

Informes e Inscripción: escuela@juschubut.gov.ar

AÑO 6 - N° 24 - SEPTIEMBRE DE 2011

EL REPORTE JUDICIAL

AÑO 6 - N° 24 - SEPTIEMBRE DE 2011

El Reporte

DIRECTOR: ALEJANDRO PANIZZI

JUDICIAL



Entrevista exclusiva al presidente del Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia,
Víctor Hugo Sodero Nieves

Helena Liberatori reflexiona sobre como los jueces impactan en la vida de las personas

Aldo De Cunto El matrimonio y la autonomía personal

Kevin Lehmann y La justicia en el espacio público

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT



ESCUELA DE
CAPACITACION
JUDICIAL

Director
Dr. Fernando S.L. Royer

Secretaria Académica:
Nadine Isabel Laporte

**Integrantes del
Consejo Consultivo**

Representantes de Pto. Madryn:
Lucio Brondes
y Luis Mures

Representantes de Trelew:
Alejandro Defranco
y Guillermo Cosentino

Representantes de Esquel:
Mariela González
y Nelly García

Representantes de C. Rivadavia:
Patricia Fernández
e Iris Moreira

Representantes de Sarmiento:
Daniel Camilo Pérez
y Gustavo Antoun

**Representantes de la
Asociación de Magistrados
y Funcionarios Judiciales:**
Daniel Pintos

**Representante de la
Defensoría General:**
Arnaldo Hugo Barone
Patricia Funes

**Representante de la
Procuración General:**
Marcos Fink

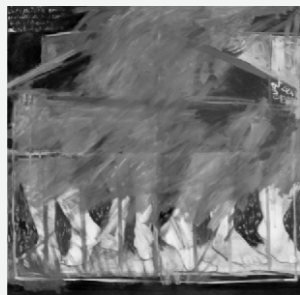
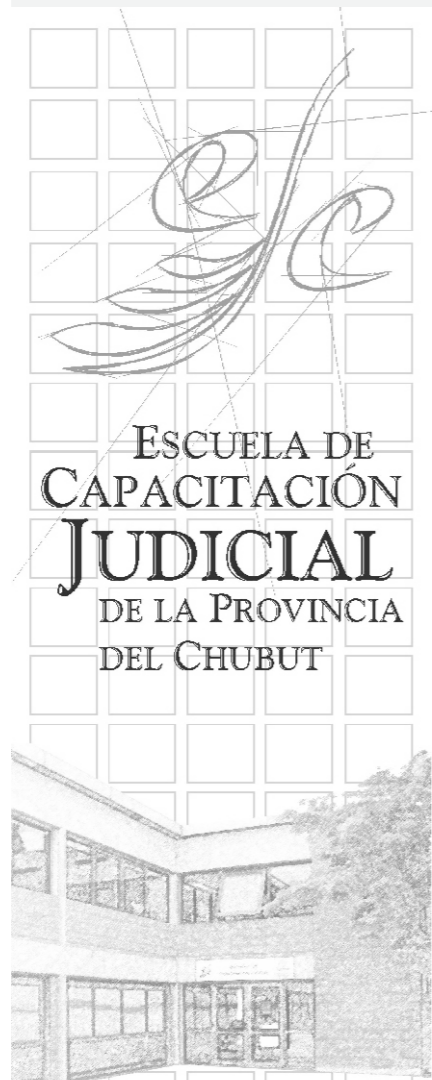


Imagen de Tapa:
Obra de Ricardo Vázquez Pellegrini
Título: "Rumores de palacio"
Técnica: Mixta. Oleo sobre tela. Año 2003



ESCUELA DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT

Rivadavia y Jones

Tel./Fax: (02965) 484723

E-mail: escuela@juschubut.gov.ar

9103 - Rawson - Chubut - Argentina

<http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm>

El contenido de los artículos
publicados en esta edición
es responsabilidad exclusiva
de sus autores.

SUMARIO

¿Para qué sirve la capacitación?	1
<i>Por Alejandro Javier Panizzi</i>	
Queremos jueces dedicados al Poder Judicial	4
<i>Entrevista a Víctor Hugo Soderó nievas</i>	
El matrimonio y la autonomía personal.....	11
<i>Por Aldo Luis De Cunto</i>	
Las Marisas, o cómo los jueces impactan en la vida de las personas.....	40
<i>Por Helena Liberatori</i>	
Duración de la investigación penal preparatoria.	46
<i>Por Gladys Del Balzo</i>	
El mismo horror, la misma responsabilidad. Perspectiva de género sobre la Tortura.....	55
<i>Por Claudia Hasanbegovic</i>	
La Justicia en el Espacio Público	66
<i>Por Kevin Lehmann</i>	
La Corte Suprema y la autonomía presupuestaria del Poder Judicial.	72
<i>Por María Gabriela Ábalos</i>	
La Interpretación Constitucional	77
<i>Por Adela Juárez Aldazabal</i>	
Vía recursiva extraordinaria contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral de la Provincia del Chubut	88
<i>Por Ricardo Tomás Gerosa Lewis</i>	
Visión del desarrollo histórico de la libertad y la tecnología en el siglo XXI	98
<i>Por Manuel Pizarro</i>	
Hacia una justicia comprensible.....	108
<i>Por Sandra Brun</i>	
La seguridad, un problema de administración funcional transversal	111
<i>Por Alejandro Bustos</i>	
Elegía	117
<i>Por Miguel hernández</i>	

EL REPORTE

Director
Alejandro Panizzi

Editor
Sergio Pravaz

Ejemplar Ley 11.723
Registro de la Propiedad
Intelectual N° 241116

Esta publicación es propiedad de la
Escuela de Capacitación Judicial
Chubut - Argentina.



¿PARA QUE SIRVE LA CAPACITACIÓN?

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI: DIRECTOR DE EL REPORTE.
MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Lorenzetti, suele exhortar a los jueces a asumir un rol activo, a establecer límites a los avances del Estado sobre garantías constitucionales de los ciudadanos, a que defiendan su propia autonomía y que no reciban directivas de nadie, ni siquiera del más alto tribunal argentino.

Es obvio que Lorenzetti se refiere a la abominable práctica que consiste en presiones sistemáticas del poder político contra los jueces, que incluyen políticas como la crítica simple y vocinglera contra el Poder Judicial, cuando la mayoría de las soluciones pasan por otros medios y no por la Justicia.

Me parece que la proposición política del retorno a la sociedad de vigilancia es sólo una artificiosa treta empleada hábil y astutamente para el logro de algún otro objetivo que no consiste en lo que expresamente propone su enunciado.

Es que, a esta altura, todos los ciudadanos del país argentino, además de contender implacable y tenazmente entre nosotros –procurando una misma cosa–, tenemos otra cosa en común: la coincidencia de opinión en querer continuar viviendo en un sistema democrático.

La democracia, como sistema representativo de gobierno es la ficción – el modo que ha escogido el Derecho para representar o simbolizar las situaciones jurídicas reales en forma eficaz – que considera que el poder político no es ejercido por su titular (el pueblo), sino por sus representantes (que se designan por sufragio universal), cuyos actos son imperativos para los mandantes.

Esta representación recae en un gobierno a cargo del Poder Ejecutivo, a quien la Constitución asigna la implementación de las políticas públicas – el desarrollo social, el manejo de la economía, la infraestructura estatal, la salud pública, la política y representación internacional, la seguridad ciudadana y la organización del sistema burocrático y sus proyecciones, entre otras.

En este sistema de poder diferido, el órgano legislativo, tiene a su cargo la confección, modificación y sanción de las leyes.

A su vez, al Poder Judicial, la Carta Magna le asigna las tareas de resolución de los conflictos, prestación del servicio de administración de justicia y control del cumplimiento de la Constitución y las leyes.

El juicio de los casos, obviamente, puede ser efectuado por los jueces, de modo diverso, incluso, contradictorio.

Se dice con frecuencia que nadie conoce bien qué es el Derecho y se afirma con insistencia que una porción de la bibliografía forense postula una tesis jurídica y otra, afirma su contrario. Se dice que bibliotecas enteras

se transformarán en cenizas ante la palabra de un legislador (que luego se niegue esto, no rebate que la duda quede instalada).

Visto con ese cristal, podemos distinguir al derecho –su modelo normativo– como aparentemente es y efectivamente funciona, o como debe ser sobre la base de sus mismos principios de producción de los valores incorporados por ellos. O, por el contrario –soslayar tal distinción– y afirmar que uno y otro operan enlazados a sus siempre posibles divergencias. Aunque no me sea dado dirimir el problema, afirmo que existe.

Por eso, aseverar que un criterio judicial concreto, con fundamento en una ley concreta, puede constituir un mal desempeño formaliza todo un desatino, cuyo olvido podemos consumir sin riesgo para el sistema democrático.

La decisión jurídica, la selección normativa previa y su interpretación simétrica al derecho son atribuciones exclusivas del juez. Por eso, en el ámbito de los procesos es lícito opinar y discrepar con libertad sobre casos concretos. En los campos de batalla ajenos a los jueces, fuera del ámbito estrictamente jurídicos no. Los cuestionamientos de criterios judiciales deben ser encaminados por las vías legales, no por la de la presión ni la del reproche plural.

Cada una de las organizaciones judiciales argentinas constituye una unidad de producción. Es decir, cumple con una actividad regulada, bajo cierto control, especializada y destinada a cumplir con el servicio de justicia.

Los modelos de producción de los juzgados dependen del modelo de organización de que se trate. La mayoría de los juzgados del país se rigen por reglas de procedimientos escritos y cuentan con una organización vertical presidida por un juez o tribunal que, además de tener a su cargo la función jurisdiccional, lleva la gestión administrativa de la institución. Este tipo de estructura hace que el juez delegue en otros funcionarios de la organización la confección de los pronunciamientos, resoluciones y demás documentos que son suscriptos por los magistrados, quienes deben conservar para sí la decisión judicial. En el mejor de los casos, claro.

En las organizaciones judiciales que administran procesos orales, públicos y adversativos las decisiones son tomadas por los propios jueces, ya que por ser la sentencia el corolario de una audiencia oral, pierde su carácter de delegable.

La Constitución de la Provincia del Chubut obliga a que gradualmente se propenda a la implantación de la *oralidad* en todo tipo de proceso y a la organización del juicio por jurados (artículo 172).

La meta constitucional de cambiar los viejos procesos escriturarios por otros que se desarrollen oralmente requiere una minuciosa capacitación de todos los interventores en el juicio.

La transición implica el paso, más o menos rápido, de un modelo de enjuiciamiento a otro distinto. Pero no se logra mágica ni milagrosamente. Se necesita –además del concurso de los tres poderes del Estado y el empleo de nuevas tecnologías– el adiestramiento de los operadores, que los convierta en aptos para los nuevos procesos y los habilite para la aplicación práctica de las reformas.

El cambio de modelo procesal es entonces algo distinto del conjunto de las representaciones que sustentan un comportamiento institucional. Es, antes que eso, un mecanismo que permite que el servicio de justicia sea mejor. Que aquello que nos es robado nos sea restituido, que quien comete un delito sea enjuiciado rápidamente, que cuando perjudican nuestro patrimonio, seamos resarcidos.

Este tipo de justicia es la que queremos. Aquélla en la que una disputa

intelectual por el sentido de la libertad, carezca de sentido, porque cuando se la mencione todos estarán hablando de lo mismo.
Para eso sirve la capacitación.



QUEREMOS JUECES DEDICADOS AL PODER JUDICIAL

POR SERGIO PRAVAZ: EDITOR DE EL REPORTE.

El presidente del Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, Dr. Víctor Hugo Soderó Nievas, dialogó en forma exclusiva con “El Reporte”. Su perfil es el de un hombre fuertemente ligado al mundo académico y a los claustros de estudio. Además de abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, ha cursado en modo presencial las siguientes carreras: Licenciatura en Relaciones Internacionales por la Universidad del Salvador. Master en Sociología por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Magister en Derecho y Magistratura Judicial por la Universidad Austral. Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad del Salvador (tesis en revisión/”Fin de las Medidas de Seguridad”/citada en “Sistema del delito”, de Miguel Ángel Arce Aggeo). Especialista en Negociación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos por la Universidad Católica Argentina. La Universidad de Buenos Aires le otorgó un reconocimiento por su Tarea Académica. Recibió el “Premio Nacional Homenaje Dr. Norberto Centeno”, a 10 años de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo por el Foro de Estudios de Derecho de Trabajo. Ha participado como conferencista en diversos ámbitos tanto de nuestro país como del extranjero. Su vinculación con el mundo de las ideas y el conocimiento está abonado por una profunda y decidida mirada que recorre sin eufemismos el amplio abanico de la temática judicial. Se trata de un hombre de trabajo y compromiso. Actualmente es el Vicepresidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. El diálogo que mantuvo con “El Reporte” fue el siguiente:

¿Cuál es la función específica que cumple el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia?

Tenemos múltiples funciones pero lo más importante que se puede decir del Foro Patagónico es que se trata de un órgano de políticas institucionales que representan los objetivos, el accionar y las reformas de los poderes judiciales de la región patagónica, todo de consuno con una orgánica funcional que implica la consideración de la región en sí misma con un valor político e institucional que nace previo a la Reforma Constitucional del año 94. Esto es muy interesante de destacar porque antes que se incorporara el concepto de región a la Constitución ya la Patagonia, históricamente, naturalmente, geográficamente, reconocida como región, había sido incorporada a las constituciones provinciales y había respondido naturalmente a ese lineamiento. Desde el punto de vista jurídico, esta amalgama de esfuerzos de los superiores tribunales que están conectados en los grandes lineamientos de su competencia exclusiva que es lo procedimental, permitirá en el tiempo, que tengamos sistemas procesales muy similares, no necesariamente idénticos, de acuerdo a las pautas que



“EL FORO RESUME POLÍTICAS DE CONJUNTO, PERMITE EL ANÁLISIS DE LAS RELACIONES CON LOS OTROS PODERES DEL ESTADO Y PROVEE ARMONÍA Y EQUILIBRIO A LOS PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN Y DE REFORMAS QUE SON PERMANENTES”.

surgen de esas constituciones provinciales, y de esa manera, constituir un valor agregado que todavía no está cerrado hasta que se cierre una reforma procesal administrativa, es decir, sistemas orales cuyo paradigma identifica, une y distingue a la región patagónica, celeridad en los procedimientos, que es otra de las cuestiones que está bien marcada con relación a cualquier otro tipo de justicia, sea nacional, federal o internacional. Otro sello distintivo es la cercanía que tiene con la gente la justicia patagónica toda vez que son grandes extensiones territoriales bien comunicadas por carreteras y con mucha cercanía hacia el ciudadano porque estamos gobernando provincias

que son gobernables, con magnitudes poblacionales que son entendibles y con gente que tiene un conocimiento profundo de sus derechos, cosa que el Foro Patagónico ha contribuido en gran medida a la divulgación de esos derechos, tanto procesos individuales como colectivos. Hay una amalgama interinstitucional, es decir, no son poderes judiciales que están aislados o que están cumpliendo el rol de tercer poder que les marca la Constitución, es mucho más que eso, el Foro resume de este modo políticas de conjunto, permite el análisis de las relaciones con los otros poderes del Estado y provee armonía y equilibrio a los procesos de transformación y de reformas que son permanentes; y además, hay toda una experiencia de gestión y de renovación tecnológica que comparativamente distingue a nuestro Foro Patagónico en todo el país, y este es un punto para destacar porque hemos sido provincias pioneras en temas de reformas y cambios. Hay un punto en el que todavía no estamos satisfechos y es la falta de respuesta adecuada en varias áreas; el sistema de investigación criminal se ha contaminado con el sistema de inseguridad, de modo que hoy la ciudadanía no distingue claramente cuál es la responsabilidad del Poder Judicial y cuál la de la Seguridad Pública, y en este punto parece que el sistema acusatorio podría presentar una salida o asegurar algunos principios que permitan diferenciar claramente ambas dificultades, pero todavía no lo tenemos instrumentado ni en toda la Patagonia, salvo Chubut y La Pampa que están con modelo de transición hacia el modelo acusatorio, todavía no tenemos otros modelos para comparar, y es inminente la aprobación en Neuquén y Río Negro, pero de todas maneras ese es un capítulo que la sociedad permanentemente nos reclama por crímenes impunes, irresueltos, por delitos contra la propiedad; se destacan los robos a mano armada pero no son los únicos, violencia contra las personas que tienen una manifestación muy concreta en delitos contra la integridad sexual que antes no eran conocidos o no tenían esta dimensión; y en la parte de profunda sensibilidad que tiene que ver con la familia se inscribe toda la problemática de violencia doméstica; entonces son muchos los problemas, y además de eso y por si fuera poco, viene todo el problema de judicialización de derechos en general a los que no estábamos habituados con estas estructuras judiciales tradicionales, y ahí nuevamente la Patagonia se destaca con los mecanismos de concertación, acuerdos, mediación y demás instrumentos de avenimiento que permiten que los ciudadanos resuelvan rápidamente sus controversias, sin costo, en la vía previa. Como vemos estamos en un proceso de profundas convulsiones, de grandes transformaciones, de grandes cambios, donde el otro elemento que aparece es el presupuestario, con cuántos recursos cuenta el Poder Judicial para hacer todas esas reformas, para tener en el sistema penal una policía científica propia, para tener una infraestructura adecuada en el Ministerio Público...

Y ahí entra también la Autarquía Judicial. ¿Qué opinión tiene sobre esa herramienta?

Y mire, la única provincia del Foro Patagónico que tiene autarquía judicial es Neuquén y le ha ido muy bien cuando la coparticipación fue auténtica; de momento ha sido tergiversado el modelo de coparticipación federal, se bajó de aquel piso histórico del 46 por ciento al 30, y Neuquén se salva por las regalías...

¿Pero ese es un horizonte a seguir por los Poderes Judiciales?

No, no es un horizonte a seguir en tanto y en cuanto no se tenga

coparticipación federal; si volvemos a modelos de 50 y 50 sería razonable establecer una coparticipación de acuerdo a ese modelo, ahora si trabajamos con un modelo de 30 por ciento tendríamos que tener una coparticipación mucho más alta.

De modo que la autarquía judicial es un ideal a perseguir pero debe ser instrumentado con mucha precisión para que no suceda lo que usted menciona.

Exactamente, si no tiene precisiones, qué recursos entran, qué recursos se desagregan para el cómputo, y cuál es el porcentaje final, hablar de un tres y medio, hablar de un cuatro, de un cinco, o de un seis por ciento, como es el modelo de la provincia de San Juan, sin saber sobre qué se aplica no tiene sentido, porque puede llegar un momento en que ni el diez por ciento sea suficiente si cada vez hay menos recursos coparticipables. Hay que ser muy precisos porque la autarquía nacional tuvo ese inconveniente, cuando hubo que aplicarla se dijo: sí, estamos bien con el tres y medio por ciento pero respecto de estos recursos solamente; entonces de entrada fue desnaturalizada, y lo propio ha ocurrido en Neuquén donde ya no es el porcentaje histórico, es el porcentaje que rige en cada caso y ahí empieza el reiterado peregrinar de recurrir al Poder Ejecutivo para saldar los déficit de cada año, o la ampliación de partidas, o la implementación de programas especiales, o en última instancia la aprobación de la Legislatura cuando todos esos recursos ya se han agotado.

¿Que lugar ocupa la independencia judicial para el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia?

Bueno, la independencia judicial ocupa el primer lugar en todos los poderes judiciales del país, pero la independencia judicial como la hemos transmitido en el Foro no pasa solamente por tener asegurado una serie de requisitos para tener un funcionamiento independiente que son los que establece la Constitución: la inamovilidad de los jueces, la justa e intocable retribución de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y etc. etc. etc. sino que está en función, para mi gusto, de la idoneidad del juez, de las capacidades intelectuales, jurídicas y morales del juez, y en ese espacio se incorpora como valor prioritario la libertad; porque es cierto que si yo, como conducción del poder le doy todas las garantías para que se desenvuelva con absoluta independencia, y él no tiene el coraje para decidir, no tiene la voluntad para hacer, no tiene el compromiso para con su juzgado, no tiene el liderazgo para ejecutar la misión...

... el afán de capacitarse permanentemente...

... claro, la capacitación sin la cual no se puede vivir ni una hora en este tiempo; bueno, yo le puedo dar todas las garantías de la Constitución pero a él le falta todo lo demás; por eso yo hablo de una idoneidad plural que no es solamente la académica, que no es solamente la jurídica, que no es solamente con la que pudo haber ganado el concurso para el cargo, sino que es la organizacional, la práctica, la funcionalmente jerárquica y eficiente; un juez que se desentiende de los resultados de su juzgado, que se desentiende de los ciudadanos, que no cumple con los estándares de rendimiento, que no hace los contrurnos, que no está consagrado a la función judicial y que utiliza todos los privilegios que le da la Constitución, para ser independiente



“RECUPERAR LA CONFIANZA Y LA CREDIBILIDAD SON LOS DOS GRANDES APOTEGMAS PARA FORTALECER LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL”.

no tiene ningún sentido que esté en el Poder Judicial, se puede dedicar perfectamente a la vida académica.

Hay que saber ejercer el oficio en toda su extensión.

Así es, nosotros queremos jueces dedicados al Poder Judicial, que esa independencia la utilicen para ser jueces del Poder Judicial, para ser fiscales

EL REPORTE
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 24 - Septiembre de 2011

del Poder Judicial, para ser defensores del Poder Judicial y no para hacer carreras académicas paralelas o para subsidiar a las universidades estatales, que es lo que ha ocurrido en muchos poderes judiciales que se han degenerado por esta circunstancia; vemos con normalidad, con espantosa normalidad que hay jueces que están consagrados a tres o cuatro universidades con grado y posgrado y títulos de reconocimiento, inclusive internacionales, y bueno, le dedican medio día al Poder Judicial y luego no se sabe dónde están o están en el exterior; entonces ese modelo acá en el Foro Patagónico no va a entrar jamás mientras estemos nosotros conduciendo la institución.

¿Que visión tiene el Foro sobre los medios de comunicación y cual es la estrategia para administrar su propia información?

Estamos en debate, eso es lo bueno, lo hemos asumido como uno de los problemas del Poder Judicial; estamos en problemas no porque nos falten recursos o nos falte formación, o porque nos falten magistrados o funcionarios capaces con esta idoneidad tridimensional que yo planteo, sino porque fundamentalmente nos falta una estrategia de comunicación, buenos comunicadores de prensa y un estilo de comunicación que está indefinido, hoy no lo tiene nadie, ni la Corte Suprema, ni la corte bonaerense, ni nadie; pero bueno, estamos en debate; queremos hacer un seminario de Prensa y Justicia justamente para discutir con los periodistas mano a mano sobre nuestros propios déficits, nuestras inquietudes, nuestras dudas, y además, incorporar un modo de capacitación para magistrados y funcionarios para que aprendan a comunicar a la prensa y a la ciudadanía las buenas noticias que todos los días tienen, y no que la prensa comunique exclusivamente las malas noticias que afectan al Poder Judicial, sobre todo cuando están vinculadas con la seguridad.

9 —

¿Cómo se profundiza la independencia judicial?

Con jueces probos y honestos sin ninguna duda, pero fundamentalmente resolviendo; yo he visto en este tiempo, ya más de una década en el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, etapa post convertibilidad hasta la fecha, viviendo lo bueno y lo malo, el sentido de las conducciones y los superiores tribunales que el Foro recrea permanentemente está en más trabajo, más dedicación funcional, más ejemplaridad porque es cierto que no es un buen ejemplo que los jueces tengan tantos privilegios y no tengan deberes; y eso a la ciudadanía le parece muy mal porque nosotros somos los mejores pagados de la sociedad, pero no tenemos el tributo; no he encontrado hasta el día de hoy ninguno que quiera reeditar los temas míos, o que quiera reeditar mi tarea, mi trabajo, mi tiempo, mi consagración; no hay nadie que quiera hacer tributo de nadie en el Poder Judicial; rige el principio de individualidad, y hay que desplazar ese principio cruelmente individualista y egoísta del ser, el figurar, el aparecer, el aparentar, por un nuevo ser, un ser solidario, un ser sacrificado, un juez humilde, un hombre común, del pueblo, que está cumpliendo la alta y delicada función que cumple, pero que no es un showman ni el protagonista principal; eso es lo que lo haría más fuerte, más independiente, más sabio, más firme al momento de tomar decisiones. Dicho en otro lenguaje, un juez creíble para la sociedad; esa recuperación de la confianza y de la credibilidad son los dos grandes apotegmas para fortalecer la independencia del Poder Judicial; de lo contrario seguiremos como hasta ahora, ente gallos y medianoche sin saber a que hora realmente tendremos el merecimiento de un buen juicio, pero sabemos

que estamos en un camino cada vez más distante de la sociedad. Por eso el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia se ha propuesto recortar estos caminos, tal vez arbitrariamente se lo haya propuesto porque nadie puede ser el Quijote de la Mancha de un día para el otro y en un reino que no le es propio; es decir, se respeta la soberanía de cada una de las provincias en el hacer cotidiano, pero como objetivo sí, creo que estamos todos de acuerdo en que la nueva generación de jueces, la que nos suceda a nosotros, va a tener una plataforma de despegue mucho más consistente que la que nosotros hemos heredado, donde hay una mezcla entre métodos viejos de organización de justicia y métodos nuevos, métodos alternativos de organización, todavía no está aprehendido por la sociedad como una nota distintiva, es un período de reforma, pero de transición en la reforma y no de reformas totales, y los frutos todavía no son medibles ni comparables; habrá que esperar ese tiempo.

g/c



EL MATRIMONIO Y LA AUTONOMÍA PERSONAL

(A PROPÓSITO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO PERO NO EXCLUSIVAMENTE ACERCA DEL MISMO)

POR ALDO LUIS DE CUNTO: JUEZ DE LA CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW - CHUBUT (SALA B). EX PROFESOR DE TEORÍA DEL ESTADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA. PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNPSJB. PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNPSJB.

I.- INTRODUCCIÓN

La reciente sanción de la ley 26.618, modificatoria del Código Civil, estuvo precedida de un fuerte debate en torno a los argumentos constitucionales, tanto a favor como en contra de la misma. Y cuando de argumentos constitucionales se trata, es sabido que lo que está en juego es el discurso sobre los derechos consagrados en la Constitución. Evidentemente son varios los derechos que fueron involucrados en esta discusión. A mero título enunciativo mencionaré el derecho a la igualdad, el derecho a no ser discriminado, el derecho de los niños a tener una familia heteroparental, entre otros. El objetivo de este trabajo es examinar el matrimonio entre personas del mismo sexo, básica aunque no exclusivamente de ello trata la ley, a la luz del derecho a la autonomía personal. El interés por analizar esta relación reside en que considero que dicho derecho, o principio según algunos, resulta central para justificar un orden jurídico democrático, y por lo tanto es un derecho del cual derivan o abrevan, sino todos, la gran mayoría de los restantes derechos constitucionales.

A los efectos de este escrito me limitaré al tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin apreciar otras cuestiones consiguientes, no por ello menos importantes, como la adopción de menores por parte de personas homosexuales o el acceso de las mismas a técnicas de fecundación asistida. Sin embargo, y como lo preanuncia el título, para arribar a determinadas conclusiones respecto al matrimonio homosexual y la autonomía personal, habré de examinar cómo se relaciona esta última con la institución del matrimonio en general, por lo que se desgranarán conceptos más amplios que los limitadamente referidos al matrimonio entre personas del mismo sexo. Hecha la anterior aclaración, encuentro conveniente destacar los artículos y párrafos de artículos del Código Civil modificados por la ley que merecen la atención por la materia a tratar. Así el artículo 172 fue modificado en su primer párrafo y le fue añadido otro seguidamente a aquél, estableciendo su redacción, en lo que aquí interesa: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*. El artículo 188 fue reformado en su tercer párrafo, el que quedó redactado de la siguiente manera: *“En el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio”*.

Básicamente esas dos normas son las que introducen el matrimonio entre personas del mismo sexo y por ende las que nos interesan. La cuestión

que me propongo analizar es si la reforma al Código Civil resulta exigida desde los estándares constitucionales del derecho a la autonomía personal; o si por el contrario resultaría suficiente con reconocer otro tipo de vínculo jurídico como la unión civil; o si desde una posición más restrictiva el Estado podría válidamente negar validez a este tipo de uniones, respetándose la autonomía personal con la mera ausencia de prohibición de la homosexualidad. Quizás pueda sorprender esta última alternativa, mas no debería ser así cuando en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica existen leyes que criminalizan este tipo de vínculos. Por último agregaré en esta introducción que otro tema que corresponde analizar, debido a distintas opiniones sostenidas en el debate previo a la ley, es si resulta comparable el matrimonio entre personas del mismo sexo con la poligamia o el incesto. Entiendo que esta comparación también es susceptible de causar perplejidad, mas quienes critican la reforma pueden argumentar que en base a la misma autonomía personal que justificaría el matrimonio homosexual, consecuentemente habría que admitir el matrimonio poligámico o incestuoso siempre que haya pleno y libre consentimiento de los cónyuges.

II.- LA AUTONOMÍA PERSONAL Y LA LIBERTAD PSICOLÓGICA COMO VALORES FUNDANTES DE LA DEMOCRACIA

Es sabido que el artículo 19 de la Constitución Nacional consagra en su primera parte el principio o derecho de autonomía personal, con la siguiente fórmula: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*. Nino ha señalado que los derechos básicos cuyo reconocimiento supone el liberalismo derivan del principio general contenido en la norma citada y que veda la interferencia de cualquier actividad que no cause perjuicio a terceros¹. Este autor ha conceptualizado al principio de autonomía de la persona como aquél que prescribe que *“siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideas de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”*². Quizás haya sido Mill quien de manera más clara y persuasiva justificó este principio al expresar que *“Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad para ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión...la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí sólo para la seguridad de otros...Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón ‘prima facie’ para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general...Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés sólo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente”*³. La claridad de las palabras de Mill se manifiesta en el reconocimiento de que es propio de la persona humana reflexionar y razonar acerca de su propio bien, y consecuentemente la adhesión a un proyecto de vida que se considera valioso sólo puede ser el resultado de la libre y voluntaria

convicción -permítaseme la redundancia, ya que entiendo que quien se convence de algo sólo puede arribar a dicho estado mental en forma libre y voluntaria-. De ello se sigue que carece de sentido que la autoridad estatal pretenda, en forma coactiva imponer un determinado plan de vida o prohibir el elegido si el mismo no causa perjuicio a terceros. Es que, como lo explica Nino, el intento de imponer ideales personales es autofrustrante, y por ende, irracional⁴, ya que nadie puede adherir a un ideal de moral personal si no está convencido de su bondad.

Encuentro que el principio de la autonomía personal es fundante del régimen democrático. En un anterior trabajo escrito hace ya más de una década⁵, intenté dar una explicación justificatoria de la titularidad del poder constituyente originario por parte del pueblo. A tal fin, y desde un planteo que no hesito en considerar “iusnaturalista”, argumenté que en la estructura natural del ser humano existe un aspecto intelectual por el cual le es dado conocer realidades de tipo inmaterial⁶. Este conocimiento es posible por la capacidad intelectual del ser humano, la inteligencia o entendimiento, por el cual se analiza el bien o el mal de una determinada acción y de esa manera se juzga sobre los bienes que se proponen a la voluntad, considerada ésta como un “apetito” humano derivado del conocimiento intelectual por el cual el ser humano quiere o rechaza determinada acción⁷. A esta actividad intelectual, cognoscitiva y volitiva, se corresponde un valor que es la libertad psicológica, esto es la libertad de elegir que satisface la capacidad de decisión de la voluntad que siempre debe elegir entre los bienes que le presenta la inteligencia y que son limitados, por lo que no puede apetecerlos de un modo necesario⁸. De allí que ningún conocimiento determina necesariamente a la voluntad, si ésta está determinada de manera unívoca no es precisamente como consecuencia del conocimiento sino por falta de él -ignorancia- o por alguna perturbación del mismo -por una pasión intensa o porque la imaginación no está expedita⁹. Es decir, el acto intelectual exige naturalmente de libertad psicológica para ejecutarse en forma plena. No se puede querer el bien o la verdad si no se llega libremente a desearlos, sin alteración en el proceso cognoscitivo. Sin libertad psicológica no tiene sentido hablar de valores éticos, ya que no habrá acto libre ni acto moral y por ende responsabilidad de quien lo ejecuta¹⁰.

Como consecuencia de la libertad psicológica, se presenta en el plano de la acción política la libertad política como posibilidad de participar con consenso o disenso en la formación de las decisiones gubernamentales¹¹. Negar a las personas que integran la comunidad la posibilidad de participar en las decisiones políticas -salvo por motivos de edad o alteración mental que impidan realizar plenamente el acto intelectual-, es negarles en última instancia su capacidad de libre elección, su libertad psicológica. Y en definitiva, esa negativa se produce “*ab initio*”, de manera esencial, si se coarta a la comunidad -al “pueblo”-, la posibilidad de elegir la forma de organización para su convivencia política. De allí, que resulta defendible y justificable que sea la comunidad el titular del poder constituyente originario, porque de esa manera se satisface una serie de valores -libertad psicológica, libertad moral, libertad política-, que a su vez se corresponden con requerimientos “naturales” del ser humano. De este razonamiento resulta una concepción del poder constituyente originario según la cual su titular, la comunidad, tiene límites en su ejercicio. De hecho, si el fundamento de dicha titularidad sería la libertad psicológica de cada individuo, que como capacidad de autodeterminación se concreta en libertad política a la hora de tomar decisiones comunitarias, resultaría contradictorio que los miembros de esa misma comunidad en ejercicio de “dicha libertad psicológica”, se nieguen de allí en más y para siempre ese mismo ejercicio. No sería lógico

que la comunidad suprimiera el fundamento por el cual es titular del poder constituyente originario.

No quisiera concluir este punto sin mencionar la opinión de Bouzat, la que encuentro concordante con lo anteriormente expuesto en relación a la importancia del valor de la autonomía personal en la fundamentación de la democracia. El autor citado señala que la justificación de la democracia reside en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad, los que entiende presupuestos en la deliberación democrática y que no pueden ser desconocidos sin negar la democracia misma. Ello es así por cuanto se trata de valores asumidos por quienes participan de la práctica democrática y resultan precondiciones de la democracia, ya que la democracia exige la autonomía en la formación de la voluntad; es decir la libertad de aceptar o no los argumentos que se esgrimen en el debate. A su vez, el debate democrático presupone que nadie tiene un acceso privilegiado a la verdad y que todos están en igualdad de condiciones (imparcialidad) a la hora de argumentar. Son los valores de la autonomía y la imparcialidad, los que, incorporados a los procedimientos democráticos dan forma a una idea regulativa que favorece la adopción de decisiones que promuevan la libertad y la igualdad. Asimismo, agrega este autor, que los mismos valores que presupone la democracia dan fundamento a los derechos fundamentales de las personas. Dichos valores tienen un carácter mucho más general del que surge del contenido de los derechos y a través de la democracia se concretan en los distintos derechos. Es decir, la democracia enlaza los principios de los derechos humanos y de la soberanía popular porque a través de la participación y discusión democrática, los derechos humanos, que se fundan en los valores de la autonomía y la imparcialidad, se institucionalizan y precisan¹².

Entiendo que ha quedado claro por qué corresponde asignar a la autonomía personal, o a la libertad psicológica -entendidos ambos conceptos como significantes de la misma realidad-, la condición de valores o principios fundantes del sistema democrático de gobierno y de los derechos fundamentales que resultan implicados en el mismo.

III.- EL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Con lo argumentado hasta aquí se ha intentado razonar que la autonomía personal importa que el individuo debe ser libre a la hora de tomar decisiones que hagan a su vida personal, siempre y cuando ello no afecte a terceras personas. Esto nos conduce al concepto de “conducta autorreferente”. ¿Qué significa este concepto?. Nino tiene dicho que el carácter privado de las acciones no depende de que sean o no accesibles al conocimiento público, sino de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente¹³. De manera consistente sostuvo que *“una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar”*¹⁴.

Considero a la anterior conceptualización como una de las más logradas de conducta autorreferente. Es que debe tenerse presente que indirectamente toda conducta que asumamos puede afectar intereses de terceros, lo que nos lleva a “seleccionar” cuáles son los intereses de esos terceros que resultan relevantes para que los mismos puedan válidamente impedir que dicha

conducta no se lleve a cabo. Por dar un ejemplo burdo, si me molesta que mi hijo lleve el cabello largo o un arito en el oreja, evidentemente su actitud me afecta, porque me molesta. Sin embargo no me afecta en mi plan de vida, sino que lo afectado es mi preferencia sobre cómo el debería presentarse frente a los demás, es decir mi preferencia sobre cómo debería ser su imagen. Dicha afectación a esas preferencias mías no quitan a su conducta el carácter de “autorreferentes”. Nuevamente recurrimos a Nino, quien en forma preclara señala que el principio o derecho de privacidad no excluye directamente a ciertas *acciones* de la interferencia estatal sino que excluye a ciertas *razones* para interferir con acciones¹⁵. De acuerdo al ejemplo anterior, las preferencias que tengamos respecto del plan de vida de las demás personas no son razones suficientes para interferir en las conductas de ellas.

En ese mismo orden de ideas, dice Nino que si bien toda conducta puede tener consecuencias intersubjetivas, resulta relevante para su protección bajo el principio de autonomía o para su inclusión en el derecho a la privacidad, que dicha conducta sea valorada por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido¹⁶. Desde ya que un asesino no podría alegar que su plan de vida consiste en segar la vida ajena, por cuanto allí estaría afectando el plan de vida ajeno. Esto no es justificable, ya que por razones de imparcialidad y de no autocontradicción, quien exige respeto por su plan de vida debe respetar el ajeno.

Ahora bien, ¿qué se entiende por plan o proyecto de vida?. Encuentro interesantes los conceptos que desde el derecho privado desgrana al respecto Fernández Sessarego. Este civilista expone un concepto de libertad personal entendida como “proyecto”, explicando que supone la capacidad inherente al ser humano de *proyectar* una manera de existir, un plan existencial. Se es libre para proyectar una “manera de vivir”, de lo que es dable concluir que la libertad implica un continuo proyectar¹⁷. Continúa expresando este autor que se designa como el singular y único “proyecto de vida” aquel que la persona concibe y elige, con el propósito de realizarlo, de contemplarlo hecho realidad en el curso de su existencia. Es el sentido y razón que cada ser humano otorga al don de su vida. Es lo que el ser humano decide ser y hacer “en” su vida y “con” su vida. Por ello no permanece en un mero nivel existencial, sino que importa una elección de orden axiológico, ya que importa una adhesión a una determinada escala de valores, implica aquello por lo que cada ser humano considera valioso vivir. Se trata del destino personal, del rumbo que se quiere dar a la vida. Es el modo en que se escoge vivir¹⁸.

Ahora bien, de acuerdo a la caracterización efectuada por Fernández Sessarego, parecería que dentro del “plan” o “proyecto de vida”, quedan incluidas aquellas conductas elegidas o expectativas y anhelos de acuerdo a los cuales una persona decide imprimir un determinado curso a su existencia. Es decir que se trataría de conductas o decisiones trascendentes, como por ejemplo elegir una determinada profesión o actividad laboral; decidir formar una familia casándose, o unirse a otra persona sin casarse o permanecer soltero; adherir a una determinada creencia religiosa y en consecuencia practicar un determinado culto o no. A la luz del estándar constitucional del artículo 19 esta visión se presenta muy acotada, ya que algunas pocas y muy importantes conductas o decisiones quedarían protegidas bajo el paraguas de este principio, sólo aquellas que le imprimen una fuerte identidad a nuestra existencia. Y esto es entendible, ya que el abordaje que se efectúa desde el derecho civil al concepto de plan o proyecto de vida parte de la importancia del mismo a los efectos de reparar el daño que se causa al mismo. De allí que al ser más acotado este concepto, más restringido será también la variedad de conductas que afecten al mismo.

Así habrá que responder civilmente por el daño al proyecto de vida si un consagrado bailarín o un cantante en ciernes, ven frustrada la posibilidad de continuar o progresar en su carrera profesional con motivo de un accidente.

Sin embargo, bajo la protección del artículo 19, se ha considerado como “acciones privadas”, “conductas autorreferentes”, o “decisiones que hacen al plan de vida”, una serie de acciones que no revisten tanta trascendencia como para otorgarle un sello tan marcado a nuestra existencia. Vimos que, según Nino, las conductas que se encuentran protegidas por la norma del artículo 19 son aquellas valoradas por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido¹⁹. Pero este concepto parece también un tanto estrecho. ¿Mi hijo valora como importante para el plan de vida que ha elegido llevar el cabello largo o usar arito?. Es posible que por su edad aun no haya elegido plan de vida alguno, o ni siquiera sepa lo que es un plan de vida. Sí hace a su plan de vida decidir estudiar una determinada carrera universitaria a los dieciocho años, o aun antes a los trece elegir estudiar en bachillerato, o la escuela comercial o industrial. Quizás Nino no haya considerado que aquello que el agente valora como importante para su plan de vida tenga que tener una importancia, digamos, de carácter “objetivo”, esto es, aquello que determina un cierto curso a la existencia. Es factible que la referencia fuera a algo más sencillo, a aquello que el agente simplemente “quiere” hacer en su vida y no afecta lo que otros “quieren” hacer en su vida. Y ello es así porque dentro de tales conductas, Nino incluye consumir bebidas alcohólicas, fumar o practicar un deporte peligroso²⁰. Por lo tanto, salvo que una persona decida trabajar profesionalmente como ebrio, fumador o deportista extremo -esto último podría ser más verosímil-, lo usual es que estas actividades o conductas se practican como pasatiempo o las incorporamos a nuestra vida por el mero hecho de que nos otorgan placer, pero no las consideramos en forma consciente como relevantes para nuestro plan de vida.

De acuerdo a lo que se viene razonando, podríamos distinguir entre un concepto “fuerte” y otro “débil” de plan de vida. Así en el concepto fuerte incluimos las conductas y decisiones que imprimen un marcado sesgo o identidad a nuestra existencia. En cambio para que queden comprendidas en el concepto débil es suficiente que las conductas sólo reflejen una determinada preferencia y obviamente no afecten a las preferencias de otros respecto de sí mismos. Entonces queda claro que si a mí no me gusta que mi hijo use un arito en la oreja se trata de una preferencia mía pero no sobre mí, sino sobre él, por ello yo no puedo invocar que su conducta o actitud me dañe. Desde ya que por cuestiones de edad si él realiza algo que afecte su salud o su vida estoy habilitado a tomar acciones para impedirlo, pero no si es mayor de edad, más allá de la asistencia moral y material que como progenitor tenga.

Entiendo que no hay mayor discusión en que el artículo 19 protege las conductas que integran o hacen al plan de vida, ya sea como concepto fuerte o débil. La jurisprudencia de la Corte resulta reveladora al respecto. Así en “Bazterrica”²¹, donde se decidió la inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, el juez Petracchi señaló “...que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad...resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de la organización de la sociedad de la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los

regímenes democráticos que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte derechos de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria”²². De acuerdo a lo que dijimos más arriba, permitir el consumo personal de estupefacientes, desde la perspectiva desarrollada en el fallo citado, aparece equiparable a permitir el consumo de alcohol, por lo cual dicho consumo se nos presenta como integrante del concepto débil de “plan de vida”.

En el antecedente “Portillo”²³ se trataba de la infracción cometida por quien no se presentó al cumplimiento del servicio militar obligatorio, invocando la libertad de conciencia y de religión. La Corte dio un paso importante en el reconocimiento de la “objección de conciencia”, rescatando el principio de autonomía de la persona²⁴. En este caso entiendo que la conducta asumida por el objetor de conciencia hacía a una decisión trascendente a los fines de otorgarle una determinada dirección a su existencia, por lo que estaríamos frente a una conducta que hace al concepto fuerte de “plan de vida”. Otro tanto cabe expresar con relación a los casos “Sejean”²⁵ y “Bahamondez”²⁶. En el primero la Corte declaró inconstitucional la norma que establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial por considerarla violatoria de determinados derechos constitucionales. Se sostuvo que en el matrimonio, como institución jurídica, se reconocen necesidades humanas, hace a las necesidades humanas esenciales, como la de satisfacer su sexualidad a través de una relación con características de permanencia, con miras a la constitución de una familia, y, regularmente, a la procreación. Las formas que la institución familiar ha adoptado son las más variadas, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones, es un producto social sujeto a cambios y modificaciones; ella constituye el modo primario de la vida social. De allí que no era irrazonable la pretensión del recurrente de que - admitido el fracaso matrimonial por la justicia- la satisfacción de sus necesidades humanas esenciales que la Constitución Nacional reconoce y ampara no fuese negada como no sea al margen de las instituciones jurídicas del matrimonio y de la familia. De no ser así, los vínculos afectivos que en el futuro se deseen anudar en tal sentido deberán soportar la marca de aquello que la ley no reconoce²⁷. Ante ese caso, cabe preguntarse si existe algo más trascendente para el plan de vida de cada persona que unirse en matrimonio, si eso es lo que se desea, con aquella otra persona con quien se desea compartir la propia existencia. Es obvio que estamos frente a un concepto fuerte de plan de vida.

En “Bahamondez”, es sabido que se trataba de un paciente que profesaba el culto de los “Testigos de Jehová”, y que por invocación de su creencia religiosa se negaba a que se le practique una transfusión de sangre. Si bien al momento de la sentencia el cuadro clínico se había modificado, se decidió que la recta interpretación de la ley 17.132 de “Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración” aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente²⁸. Nuevamente aquí, e independientemente de las motivaciones religiosas invocadas en el caso particular, la decisión del paciente que se niega a transfundirse, aun con riesgo para su salud o su vida, importa una decisión relevante para su plan de vida, tan es así que hace directamente a la manera en que prefiere

continuarla o en todo caso culminarla. Es así que también aquí consideramos de que está en juego el concepto fuerte de plan de vida.

Como síntesis de todo lo expuesto en este punto, se puede concluir que el estándar constitucional del artículo 19 protege aquellas conductas autorreferentes, es decir las que el agente considera valiosas para su plan de vida, ya sea en un concepto débil o fuerte, y que no afectan intereses serios de terceros, dentro de los que no cabe incluir las preferencias de los demás respecto del plan de vida del agente.

IV.- LA REGLAMENTACIÓN RAZONABLE DE LA AUTONOMÍA PERSONAL. PERFECCIONISMO Y PATERNALISMO. OMISIONES Y PRESTACIONES.

Ante el estándar constitucional del artículo 19 que se ha intentado desarrollar en el punto anterior, cabe preguntarse si el Estado está habilitado para reglamentar el derecho a la autonomía personal. Una primera respuesta intuitiva basada en la misma Constitución, sería sin dudas afirmativa. Es que tanto del artículo 14 como del artículo 28 se desprende que todos los derechos son relativos y que consecuentemente los derechos se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, pero dicha reglamentación debe ser razonable. Ahora bien, la cuestión peculiar que se presenta con la autonomía personal es que, como se dijo más arriba, dicho principio protege las conductas que el agente considera valiosas para su plan de vida, ya sea “débil” o “fuerte”, y que no afecten intereses serios de terceros, no pudiendo incluir en tales intereses a las preferencias de tales terceros sobre el plan de vida del agente. Por lo tanto, al ser conductas que afectan solamente al agente, podría considerarse que respecto de ellas el Estado no tiene nada que decir, esto es, no tiene que reglamentarlas, sino solamente permitir las, o mejor dicho no prohibirlas. Es que, justamente, si la norma en cuestión establece que estas acciones están *exentas de la autoridad de los magistrados*, resulta acertado que se caracterice al principio de autonomía personal como un reclamo al respeto más absoluto por las conductas autorreferentes, es decir, la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige, reconociendo como único límite el de no dañar a terceros²⁹.

Es conocida la clasificación de los derechos en positivos y negativos, o en realidad su correspondencia con obligaciones positivas o negativas. Desde una visión tradicional se ha sostenido que esas obligaciones constitucionales son de tres clases: de abstención u omisión, de dar y de hacer. Las de omisión implican prestaciones obligacionales negativas, mientras que las dos últimas constituyen prestaciones obligacionales positivas. Usualmente se ha considerado que los clásicos derechos civiles de la primera generación (de asociarse, de profesar el culto, de reunirse, etc.) implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, con lo que se quiere significar que ese sujeto y esa obligación han de dejar expedito el ejercicio del derecho por su titular, absteniéndose de impedirlo o de interferirlo. En cambio los derechos sociales de la segunda generación suman obligaciones de dar y de hacer, con lo cual se entiende que los sujetos pasivos tienen que cumplir obligaciones positivas de dar y hacer, como pagar el salario justo, otorgar descanso diario, semanal y anual al trabajador, etc.³⁰.

Esta denunciada diferencia de “naturaleza” entre los derechos civiles y políticos y los sociales, económicos y culturales, es objetada con sólidos argumentos. Así Abramovich y Courtis³¹ señalan que muchos derechos civiles y políticos, como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las

respectivas condiciones institucionales por parte del estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la actuación de un grupo de personas, convocatoria a elecciones, etc.). Es así que estos autores indican que la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. En el mismo orden de ideas, expresan que los derechos socioeconómicos y culturales también exigen obligaciones de omisión, como la obligación estatal de no dañar la salud, de no empeorar la educación o de no destruir el patrimonio cultural.

El derecho a la autonomía personal es un derecho típicamente civil, básicamente encierra el principio de la libertad que sirve de fundamento a los demás derechos, tal como se dijera más arriba. Es así que, fundamentalmente, exige que el Estado y los demás particulares omitan toda conducta que interfiera o impida el ejercicio de las conductas autorreferentes aludidas en el punto anterior. Una manera de no respetar esta obligación de omisión es prohibiendo tales conductas. Esta cuestión nos acerca a la discusión respecto a si la inmoralidad de ciertos actos justifica la interferencia estatal. Esto suscitó dos relevantes polémicas en Inglaterra, en los siglos XIX y XX. La primera, sostenida por John Stuart Mill y el juez Stephen. Mill alegó que dicha interferencia se justifica si va dirigida a proteger a la sociedad, es decir si el acto en cuestión irroga algún daño a intereses de terceros, en los casos en que la conducta del agente no perjudica a terceros debe haber completa libertad de acción. Así *“...la única razón por la cual la comunidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la protección de sí misma..el único propósito por el cual el poder puede ser legítimamente ejercido contra cualquier individuo de la sociedad civilizada en contra de su voluntad, es el de prevenir el daño a terceros. El propio bien del individuo, sea físico o moral, no constituye fundamento suficiente. Al individuo no se lo puede legítimamente obligar a actuar o a dejar de actuar porque ello sería mejor para él, o porque lo haría más feliz o porque en la opinión de los demás, hacer tal cosa sería prudente o, incluso, correcto...”*³². La crítica de Stephen a esta posición de Mill radicaba en que los usos inadecuados de la compulsión de la sociedad contra los individuos no puede determinarse solamente verificando si la conducta del individuo fue o no perjudicial para otros. Así sostenía que si el objetivo de la coacción es bueno y el bien que se alcanza supera a los inconvenientes de la compulsión misma, resulta incomprensible que, de acuerdo con los principios utilitaristas, la coacción pueda ser mala. En dicha línea de pensamiento opinaba que la prevención de las formas más groseras del proceder vicioso es un objetivo tan legítimo como la prevención del daño a terceros³³.

La otra polémica, sostenida en el siglo XX, se dio en 1957, también entre un juez, Lord Devlin, y un filósofo, H.L.A. Hart, y tuvo por objeto, concretamente, la abolición del delito de incurrir en relaciones homosexuales consensuales. Lord Devlin opinó que la separación entre delito y pecado no se compadece con buena parte de las leyes penales inglesas, y brinda el ejemplo de que el consentimiento de la víctima no es suficiente defensa en casi ningún delito, lo cual contradice la idea de que las leyes penales tienden sólo a proteger intereses de terceros. Su argumento principal, según lo explica Nino, es que la moralidad de una sociedad constituye un aspecto esencial de su estructura y determina su identidad como tal; por lo tanto, la sociedad está facultada para defenderse, evitando su destrucción o modificación pro-

funda, mediante la interferencia con actos que violen sus pautas morales básicas³⁴. La crítica de Hart comenzó por atacar los ejemplos según los cuales muchas leyes penales inglesas tienen por objeto actos inmorales, con independencia de que causen o no perjuicio. De tal manera distinguió entre leyes paternalistas destinadas a evitar el daño físico o psicológico que alguien se inflige a sí mismo, y leyes dirigidas a reprimir la mera inmoralidad, sosteniendo que muchos de los ejemplos dados corresponden al primer tipo de leyes. Y culmina aduciendo que las posturas de Stephen y Devlin confunden la democracia como forma de gobierno con un “populismo moral”, según el cual la mayoría de la población tendría derecho a estatuir como deben vivir los demás³⁵.

Nino ha tratado profundamente la cuestión relativa a la interferencia estatal en las conductas autorreferentes, y la consiguiente distinción entre normas perfeccionistas y paternalistas. Según este autor el perfeccionismo es una concepción que parte de un criterio objetivista de la apreciación de intereses, es decir que para la misma, lo que satisface a tales intereses es independiente de los deseos o de la elección de forma de vida de la persona. En consecuencia, según esta visión, es misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal, ya que el Estado puede dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores³⁶. Resulta obvio que se trata de una concepción claramente violatoria del derecho a la autonomía personal. Es que si la autonomía es una parte esencial del bien, y entiendo que se ha argumentado suficientemente al respecto en el punto II, ese bien no se materializa si lo que consideramos valioso en la vida se intenta alcanzar, no por la acción del titular de cada vida, sino por la imposición de terceros³⁷, lo cual, como se dijo antes, refleja una posición autofrustrante, ya que sin convicción, sin libre elección, toda adhesión a un plan de vida que se impone resulta una falsa o simulada adhesión.

Ahora bien, Nino distingue entre el perfeccionismo y el paternalismo estatal. Este último no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que las personas no han elegido, sino en imponer conductas que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente. Brinda como ejemplos la obligatoriedad y contenidos de la educación primaria, las leyes laborales que protegen al trabajador, la vacunación obligatoria, la obligatoriedad de cinturones de seguridad en automóviles -si bien considero este último ejemplo más discutible-. Un paternalismo no perfeccionista estaría dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles³⁸.

Hasta aquí me he referido a que la autonomía personal básicamente puede verse afectada por interferencias producto de actos, ya sea del Estado o de otros particulares. Esta idea se corresponde con una visión clásica de la autonomía personal como derecho individual o civil que exige, como se dijo más arriba, abstenciones, omisiones que impidan la ejecución de las conductas autorreferentes. Lo que cabe indagar es si, a partir de la crítica a la clásica diferencia entre obligaciones negativas y positivas, el respeto de la autonomía personal exige también la realización de conductas positivas, “prestaciones”, fundamentalmente por parte del Estado. Aquí encuentro relevante la distinción apuntada anteriormente entre los conceptos débil y fuerte de plan de vida. Entiendo que a fin de satisfacer conductas que hacen a un concepto “débil” de plan de vida basta con las obligaciones negativas. Así por ejemplo, es suficiente con que no se prohíba llevar el pelo largo o vestirse como uno prefiera, o consumir estupefacientes, alcohol o tabaco, sin perjuicio de que en estos últimos casos, desde un paternalismo válido,

se señalen las consecuencias que este consumo tiene para la salud.

Sin embargo parecería que las conductas que, en principio, consideramos que integran un concepto “fuerte” de plan de vida, necesitan del Estado algo más que una mera abstención. Si uno pretende estudiar una determinada carrera, es obvio que se espera que el Estado provea la existencia de universidades a tal fin. Si se pretende unirse en matrimonio con otra persona a fin de otorgarle determinados efectos, patrimoniales o extrapatrimoniales -como el deber de fidelidad-, a lo que hasta ese momento es una unión de hecho, es claro que el Estado debe proveer las instituciones necesarias -registros civiles- para que se celebren dichos matrimonios. Es cierto que en algunos casos, como en el fallo Bahamondez, la decisión de no dejarse transfundir sangre -y de esa manera elegir cómo querer finalizar la existencia, es decir que se trata de un concepto “fuerte” de plan de vida- se satisface con una mera abstención -no imponer la transfusión-. Pero supongamos un caso análogo, como podría ser el de quien ante una enfermedad terminal, y en pleno ejercicio de sus facultades mentales, pretende “adelantar” su muerte -típico ejemplo de eutanasia-. En tal situación cabría preguntarse si basta con que el Estado no obligue al paciente a someterse a determinado tratamiento, sino que para satisfacer su plan de vida -el cual no sólo comprende cómo vivir sino también cómo morir ante una enfermedad de tal índole-, sería necesario que se implemente algún tipo de eutanasia activa. Soy consciente que la cuestión es discutible, pero el ejemplo resulta válido para demostrar que para que las personas satisfagan su plan de vida “fuerte” la mera omisión del Estado a veces resulta insuficiente.

V.- EL MATRIMONIO Y LA AUTONOMÍA PERSONAL.

21 —

En el punto anterior intenté argumentar a fin de defender la posición según la cual se requiere que el Estado realice “prestaciones” o “reconocimientos” a favor de determinadas conductas o preferencias que integrarían un concepto “fuerte” de plan o proyecto de vida, no siendo suficiente la mera abstención de prohibición. Vuelvo al ejemplo del pelo largo, dado que su uso concierne a un concepto “débil” de plan de vida, basta con que no se prohíba su uso, pero a nadie se le ocurriría exigir del estado algún tipo de “protección” adicional. En cambio cuando dos personas proyectan compartir su vida con visos de estabilidad en la relación, lo cual indudablemente hace a un concepto “fuerte” de plan de vida, resulta razonable que pretendan que el estado reconozca a su vínculo un “status” jurídico distinto al de una mera unión de hecho, ya que pretenden que de dicha unión emanen determinados efectos patrimoniales -régimen de sociedad conyugal, alimentos-, así como extrapatrimoniales -deber de fidelidad, asistencia-.

Ahora bien, es válido y razonable que el Estado exija determinados requisitos para “ingresar” al régimen del matrimonio y también para “egresar” de él. Sin embargo considero que la razonabilidad de tales requisitos debe estar en función del respeto a la autonomía personal, en cuanto “unirse” en matrimonio hace al proyecto de vida de las personas en un sentido “fuerte”, esto es que siempre debe tratar de preservarse que ese plan de vida sea libremente adoptado, lo que importa la libertad de abandonarlo. Así parece razonable que se exija una edad mínima para contraer nupcias de acuerdo al artículo 166, inciso 5 del Código Civil, ya que se supone que una decisión de dicha trascendencia requiere un mínimo de madurez psicofísica en los contrayentes.

Lo mismo cabe expresar respecto de la organización interna de la institución matrimonial. Es cierto que el respeto a la autonomía tiene como efecto, su vez, que no se tolere ya la imposición heterónoma por la ley de los roles conyugales; en muchos casos éstos se superponen, lo que conlleva un esquema de determinación autónoma de las funciones que competen a cada esposo³⁹. Ahora bien esto podría traducirse en que si ambos cónyuges libremente consienten en que la mujer labore en la casa mientras que el varón trabaje fuera de ella, desde el Estado nada se podría objetar al respecto. Sin embargo este “respeto” a la autonomía tiene sus límites en la misma autonomía. Por los mismos motivos en que se prohíbe un “libre contrato de esclavitud”, válidamente desde el Estado puede exigirse una organización matrimonial interna que garantice un trato igualitario entre los cónyuges. Por tal motivo es que el artículo 198 del Código Civil impone a ambos cónyuges un deber mutuo de fidelidad, asistencia y alimentos. Así no podría esgrimir el cónyuge infiel ante el divorcio planteado por el otro por adulterio, que existía un pacto interno entre ellos que lo relevaba solamente a él del deber de fidelidad. Otro tanto cabe decir en casos de una hipotética situación de “violencia familiar consentida”. Es que a raíz de un proceso de “democratización” de la familia nuclear, los cónyuges quedan instalados en posiciones más simétricas, con mayores posibilidades de gratificaciones recíprocas. La tendencia es a la interacción de los proyectos de vida de cada esposo, junto a los comunes del matrimonio⁴⁰.

Encuentro sumamente acertada la idea de “igualdad matrimonial” sostenida por Rosenkrantz ya que calza adecuadamente con el respeto a la autonomía de cada cónyuge⁴¹. Se ha sostenido que la igualdad es un valor matrimonial porque contribuye a dicha relación, pero más sutilmente cabe preguntar ¿qué tipo de igualdad contribuye más a la mejor relación matrimonial?, ¿la igualdad económica, la de bienestar o la igualdad de recursos?. Si ambos esposos tuvieran a su disposición la misma cantidad de recursos económicos, si hubiera igualdad económica entre ellos, no podrían presentarse frente a terceros ni considerarse frente a ellos mismos como dominante y dominados o superiores o inferiores. Pero si la relación matrimonial se define por la identificación substituta con otro, la igualdad de recursos económicos no puede ser el mejor tipo de igualdad. Su contribución a la relación entre los esposos será marginal, ya que garantizará la inexistencia de dominación pero, a costo de impedir la identificación delegada con el otro. En cambio la igualdad de capacidad, de bienestar y de libertad real parecen mejores formas de igualdad pues parecen contribuir más a la relación que a los esposos⁴². Esto implica que el valor del matrimonio radica en servir de “espacio” en el cual cada uno de los cónyuges aprecie como “realizable” su respectivo plan de vida en el disfrute mutuo de dicha relación común y el compromiso de permanecer en la misma. Y para poder apreciar la “realización” del respectivo plan de vida, es necesario el respeto de la autonomía de cada cónyuge, lo que se traduce en un cierto nivel de igualdad básicamente de bienestar fundamentalmente afectivo. Es que el desasosiego afectivo resulta el síntoma más relevante de una crisis matrimonial, y si dicho desasosiego permanece en el tiempo la crisis deviene inevitablemente terminal.

En cuanto al “egreso” de la institución matrimonial, que en muchos casos importa culminar una relación para comenzar otra nueva, quisiera referirme a dos antecedentes judiciales en los que, a mi juicio, se destaca el valor de la autonomía personal, si bien entiendo que la valoración de ambos no necesariamente tenga que suscitar las mismas reflexiones. Uno es el precedente de la Corte Suprema “Sejean”⁴³, el que ya mencioné en este trabajo. La cuestión decidida en él es conocida, se declaró la

inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2.393 que establecía la indisolubilidad del vínculo. Es decir que para “egresar” de la institución matrimonial, sólo se preveía la muerte de uno de los cónyuges o la nulidad del matrimonio. De tal manera se imponía el mantenimiento de un vínculo, aunque no de la convivencia, entre personas que ya no compartían un proyecto común de vida. Y la lógica consecuencia es que se privaba a las personas de la posibilidad de que se le reconozca plenitud de efectos jurídicos a un nuevo proyecto de vida encarado con otra persona. Como se puede apreciar estamos en el ámbito del concepto “fuerte” de plan de vida.

La Corte explicitó con mejores palabras cómo la legislación cuestionada afectaba el derecho a elegir un plan de vida y por ende la autonomía personal. Así se razonó que *“El art. 64 de la ley 2393 afecta derechos constitucionales, ya que entre los derechos amparados por el art. 33 de la Constitución Nacional, se halla el derecho a la dignidad humana, que hace que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la Carta Magna, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana...En el matrimonio, como institución jurídica, se reconocen necesidades humanas esenciales, como la de satisfacer su sexualidad a través de una relación con características de permanencia, con miras, a la constitución de una familia, y, regularmente, a la procreación. Esta disposición a constituir una familia se halla ínsita en la naturaleza humana; las formas que esta institución ha adoptado son las más variadas, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones; ella constituye el modo primario de la vida social. Gozan tanto el matrimonio como la familia de un reconocimiento constitucional expreso (art. 14 nuevo y 20, interpretado ‘a potiori’, de la Constitución Nacional)...No es irrazonable la pretensión del recurrente de que, admitido el fracaso matrimonial por la justicia, la satisfacción de sus necesidades humanas esenciales, que la Constitución reconoce y ampara, no se le nieguen ahora como no sea al margen de las instituciones jurídicas del matrimonio y de la familia. Caso contrario, los vínculos afectivos que en futuro deseen anudar en tal sentido deberán soportar la marca de aquello que la ley no reconoce”*. De los argumentos citados se desprende que afecta el plan de vida -como concepto fuerte- que el Estado no otorgue pleno reconocimiento jurídico a la relación afectiva que las personas deseen mantener con vocación de permanencia luego del fracaso de una relación anterior a la que sí se le otorgó reconocimiento matrimonial.

Por su parte en el voto del Dr. Petracchi, en sentido convergente, se razonó que *“El divorcio no es sino una institución civil correlativa del matrimonio civil. La reglamentación del matrimonio, según surge de la ley 2393, impone al divorciado citado un régimen de su comportamiento sexual y de su conducta moral que, de no ser aceptado, lo priva de los derechos matrimoniales que aún conserva. Se somete así a todos a la posibilidad de una calificación de su conducta, ulterior a la separación, en nombre de un vínculo ya extinguido en lo afectivo, en lo espiritual y en todas las dimensiones no jurídicas”*. A su vez el Dr. Bacqué argumentó que *“El empecinamiento legal en la reglamentación desnaturalizante del derecho implicada en la indisolubilidad del vínculo por divorcio, terminó regulando en forma irracional las relaciones sexuales entre adultos que por haber estado casados se vieron obligados a optar entre la soledad y la castidad o el adulterio. Se puede pretender del matrimonio la vocación de permanencia, desde que se intenta promover decisiones maduras en la constitución for-*

mal de parejas estables. Pero no se puede sostener una teoría de la indisolubilidad del vínculo y reglamentar en tal sentido un derecho constitucional que impone al divorciado un régimen de su sexualidad y de su conducta moral que de no aceptar, lo priva de sus derechos matrimoniales aún conservados, sometiéndolo a la posibilidad de que su conducta ulterior sea calificada en nombre de un vínculo ya extinguido en lo espiritual, en lo afectivo y en todos los planos no jurídicos”.

De la argumentación precedente se evidencia el carácter perfeccionista de la vieja ley 2.393. Es que, de acuerdo a lo expuesto en el punto anterior, el perfeccionismo impone un modelo “objetivo” de plan de vida o de intereses de las personas, con abstracción de los deseos e intereses subjetivos de las mismas. Imponer la indisolubilidad del vínculo matrimonial importa adoptar un modelo “objetivo” de matrimonio, y por ende de familia, según el cual se obliga a los cónyuges separados a mantener un patrón de conducta sexual y afectivo reñido con sus más sinceros deseos y expectativas respecto a cómo continuar su existencia, todo lo cual, en palabras de Mill, deviene “autofrustrante”. Se podría argumentar que no se trata de conductas “autorreferentes” porque al ingresar a la institución matrimonial las conductas de los cónyuges se “publicitan” en el sentido de que pueden generar efectos en terceros. Sin embargo no se aprecia qué interés pueden tener las personas ajenas al matrimonio con relación a la decisión de los mismos de disolver un vínculo que afectivamente para ellos no existe. En todo caso no existe un legítimo interés de terceros, sino meras preferencias de éstos sobre los intereses de los cónyuges. Se podría agregar que si un cónyuge no quiere divorciarse se está afectando su interés. A ello entiendo suficiente responder que el matrimonio es una “cuestión de dos”, y si uno no quiere continuar en él, el mantenimiento del vínculo resulta autofrustrante, y nuevamente no se estaría privilegiando un legítimo interés del cónyuge que no desea divorciarse, sino su preferencia respecto del interés del otro cónyuge.

El otro caso judicial que encuentro digno de analizarse es un reciente fallo del Tribunal Colegiado de Instancia única del Fuero de Familia N° 2 de La Plata, del 16/07/10⁴⁴. El planteo de inconstitucionalidad se refirió a la normativa de los artículos 205, 215 y 236 del Código Civil. Las dos primeras normas imponen un plazo mínimo de matrimonio para que los cónyuges puedan peticionar por presentación conjunta, tanto la separación personal -en este caso son dos años- como el divorcio vincular -tres años-. Por su parte la última norma establece un procedimiento de dos audiencias, entre ellas de existir un plazo no menor a los dos meses ni mayor a los tres. A la primera audiencia deben concurrir personalmente y en ella juez procurará conciliarlas. Si fracasa en el intento, se fija la segunda audiencia, a la cual los cónyuges pueden concurrir mediante apoderado con mandato especial y deberán manifestar si han arribado a una reconciliación. La discusión radica en la afectación de la autonomía personal de ambos cónyuges, personas capaces, mayores de edad o emancipados, quienes de común acuerdo consideran que su proyecto de vida en común ya no resulta viable, y que a pesar de ello deben esperar un tiempo desde que contrajeron matrimonio para efectuar esta petición, y luego de ello deben manifestar durante el proceso, en las dos oportunidades de las audiencias establecidas, que no desean reconciliarse.

Nino consideraba que este tipo de normas son de carácter paternalista, y por lo tanto válidas desde una perspectiva de defensa de la autonomía personal. Concretamente menciona entre las medidas paternalistas que podrían compaginar con el principio de autonomía en cuanto promuevan y no menoscaben la libertad de elección de formas de vida, aquellas que hacen

más difíciles ciertos pasos y que obligan a que se medite más cuidadosamente acerca de ello, como el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio⁴⁵. Ahora bien, el fallo que merece nuestra atención desgrana interesantes conceptos en defensa de la autonomía personal por los cuales las normas cuestionadas revestirían un cariz más perfeccionista que paternalista. Así se argumentó que *“De lo que se trata es de la autonomía de la voluntad en una parcela tan peculiar como es el derecho de familia, y personalísimo como es la decisión de divorciarse, máxime cuando ambos cónyuges peticionan con patrocinio letrado el divorcio vincular rectamente, juzgando injusta la imposición legal de un procedimiento de tiempo de espera y de un régimen de audiencia para obtener y reflejar legalmente lo que íntimamente han meritado, reflexionado y consensuado, importaría contravenir el más elemental principio de la realidad por una mera ficción...¿Debe la ley frenar temporalmente el divorcio y ubicar a los cónyuges en una categoría de pareja virtual, o es mejor propender que los esposos como derecho personalísimo e irrenunciable decidan el tiempo de su relación matrimonial sin imposiciones jurídicas artificiales con implicancias severas a nivel personal y social cuando el afecto desapareció entre dos seres?. Parece un mandato para que la ficción supere la realidad a costa del penar de las personas, pero la intervención del Juez no puede ser participar de dicha ficción ni impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges cuando no existen otros intereses afectados, sino que su actividad debe estar encaminada a evitar la arbitrariedad y la desigualdad, afianzando en el caso concreto la justicia como realización en el caso particular de los derechos humanos y personales de las personas...Cabe recurrir a una segunda cuestión, es preguntarnos ¿a quién le hace daño que los cónyuges invoquen estar desavenidos y distanciados desde hace uno o dos años o acrediten el mismo tiempo de casados pero que existen en la relación obstáculos insalvables para continuar la vida en común y en ambos ejemplos peticionen directamente el divorcio? y como consecuencia de ello: ¿altera el orden público que dos personas obtengan el divorcio vincular antes de los tres años de matrimonio por el procedimiento de la petición conjunta o sin dejar transcurrir el mismo espacio de tiempo cuando se invoca la causal de separación de hecho?...La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano...La limitación legal en cuestión resulta arbitraria y desajustada a la realidad, comportando un exceso que hasta permite la intervención de un juez en ámbitos de la vida privada de las personas, lo que tal como dicta la propia Constitución Nacional está exenta de ser juzgada y por tanto los plazos de reflexión impuestos por las normas de los arts. 205 y 215 del C. Civil devienen contrarios a los derechos humanos individuales, y por tanto, inconstitucionales por contrariar la manda del art. 19 de la Carta Magna...La doble audiencia y el tiempo de espera entre ambas, no parece atender la existencia de una pretensión de dos personas plenamente capaces y debidamente asesoradas en cuanto al alcance jurídico de sus decisiones. Ante la voluntad de los cónyuges de terminar con el vínculo matrimonial, no existe razón alguna o interés social o público que puede invocarse para rechazar la petición...”*

25 —

El razonamiento que emana de los párrafos transcriptos básicamente trasluce esta idea. Toda vez que los cónyuges son personas capaces y deducen su pretensión conjunta de manera libre y voluntaria, la ley no puede “autoprotgerlos” exigiéndoles un tiempo mínimo de reflexión, tanto al disponer un tiempo mínimo de matrimonio para promover la demanda y

luego un tiempo mínimo entre ambas audiencias. Como se expresó más arriba, las normas paternalistas tienden a imponer a las personas conductas o cursos de acción aptos para que se satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado⁴⁶. Ahora bien, lo argumentado en la sentencia citada radica en cuestionar que la exigencia de imponerles un plazo mínimo de reflexión a los cónyuges antes de iniciar el proceso de divorcio y durante el mismo, importe un curso de acción apto para satisfacer sus preferencias subjetivas y sus planes de vida. En realidad si en menos tiempo que los dos o tres años de matrimonio, los cónyuges consideran que su matrimonio ha fracasado, pareciera que la ley los trata como menores o incapaces al ordenarles que “lo piensen mejor” o que “esperen más tiempo”, cuando en todo caso si se equivocan porque se apresuraron, se dañan ellos mismos, y en última instancia si llegan a la sentencia de divorcio pueden volver a casarse, por más que la situación aparezca como demasiado peculiar.

Es cierto que el Estado legítimamente puede imponer requisitos para ingresar o egresar de la institución matrimonial, la cuestión radica en la “razonabilidad” de tales requisitos, de acuerdo al estándar del artículo 28 de la Constitución Nacional. Si de lo que se trata es de la autonomía personal debe partirse de la idea de que las personas capaces están dotadas de la racionalidad suficiente para identificar sus intereses y elegir libremente la decisión “buena” o “moralmente correcta” para sí. Lo contrario importaría considerar que existen personas que no están en condiciones de autodeterminarse y de tomar decisiones en consecuencia, por lo que su voluntad debería ser “suplida” o “complementada” por la de quienes sí reúnen dichas condiciones, tal como ocurre con los menores o incapaces. La justificación de las normas paternalistas reside en “nivelar” la situación de ciertas personas que por motivos diversos -socioeconómicos, culturales, o por su situación familiar- no se encuentran en un mismo nivel de igualdad respecto de otras, y por ende requieren de “protección legislativa” a fin de garantizar su autonomía.

De acuerdo a lo expresado no parece, en principio, que los cónyuges, estén en una situación de desigualdad que permita suponer que alguno de ellos o ambos requieran que su voluntad sea “suplida” o “complementada” para que el ejercicio de su autonomía no se vea obstaculizada. En todo caso dicha situación de “desnivel” podría ser percibida por el juez en la primera audiencia, por tal razón es que encuentro aconsejable mantener dicha primera audiencia. Pero no tanto como para intentar “reconciliar” a los cónyuges. Es que si se constata una relación de desigualdad entre ellos, por una situación de “superioridad” psicológica o económica de uno de ellos y como contrapartida de “dependencia” por parte del otro, si quien está en una posición dominante quiere divorciarse, es suficiente para que se acceda al divorcio. Nuevamente cabe reiterar aquí que en un juego de dos, si uno no quiere jugar más, el juego termina. En realidad la importancia de la constatación de una eventual “desigualdad” radica en la posibilidad de “nivelar” al cónyuge “inferior” en materia de acuerdos sobre las cuestiones patrimoniales o extrapatrimoniales -v.gr. sobre los hijos-. Claro que el juez no podrá suplir la voluntad del cónyuge “inferior”, pero la primera audiencia es útil a fin de aconsejar o sugerir una mayor reflexión, que las partes libremente aceptarán o no. Y si la cuestión concierne a los hijos es sabido que los jueces deben considerar el interés superior de los mismos por sobre la voluntad de los padres.

Lo reflexionado en el párrafo anterior, en todo caso, invalidaría la exigencia de la segunda audiencia, pero, ¿la exigencia del tiempo de matrimonio debe mantenerse?. Si, como acabo de considerar, si uno de los

cónyuges quiere el divorcio no hay mucho -o nada- que discutir en cuanto al mantenimiento del vínculo, parecería que el requisito del tiempo de espera para iniciar la demanda, se presenta con un cariz más “perfeccionista” que “paternalista”. No obstante ello, no debe olvidarse que en la institución matrimonial, si bien básicamente está comprometida la autonomía personal de los cónyuges, el vínculo matrimonial excede las conductas meramente “autorreferentes”, ya que, dejando de lado la circunstancia de que exista descendencia -para lo cual, resulta gracioso aclararlo, no se requiere de la institución matrimonial-, en el ámbito patrimonial, el estado matrimonial puede afectar las relaciones de los cónyuges con terceros, debido a la condición de los bienes adquiridos durante el matrimonio. En ese sentido podría argumentarse con bastante razonabilidad que el Estado esté justificadamente interesado en que las relaciones jurídicas generadas a partir del matrimonio gocen de cierta estabilidad o permanencia, por cuanto se ha generado un estatuto de derechos y obligaciones que el orden jurídico estatal reconoce. Es de recordar lo expresado por el Dr. Bacqué en “Sejean” en cuanto que es razonable exigir del matrimonio que tenga “vocación de permanencia”. La cuestión pasa entonces por la “razonabilidad” del tiempo de matrimonio compatible con dicha “vocación de permanencia”, pero no ya para que los cónyuges “lo piensen mejor”, sino para que su conducta apresurada o irresponsable no perjudique de terceros, por lo cual ya no estamos frente a un caso de “paternalismo” y mucho menos de “perfeccionismo”, sino el requisito temporal tiende a no afectar intereses legítimos ajenos. ¿Es razonable dos o tres años?. Parecería que tres años es demasiado, no fijar ningún plazo queda descartado. Peticionar el divorcio en forma conjunta al mes del matrimonio se nos aparece como “sospechoso” a los efectos patrimoniales. Quizás un año resulte razonable. En definitiva, la conclusión es que el requisito temporal debe servir a la protección de intereses de terceros y no esgrimirse con fines paternalistas, para ello está la primera audiencia. En función de dicha premisa se puede apreciar cuánto tiempo aparece razonable y cuánto excesivo.

27 —

VI.- EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA AUTONOMÍA PERSONAL.

En base a lo razonado hasta aquí es fácilmente entendible que la orientación sexual de una persona se encuentra protegida dentro del principio o derecho a la autonomía personal. Es claro que la preferencia, opción, gusto, o como quiera llamarse, que cada persona tiene para su vida sexual, siempre y cuando estemos hablando de un marco de libre elección entre seres con la maduración psicofísica adecuada para efectuar ese tipo de opción, es algo que hace a su privacidad, ya que no afecta intereses legítimos de terceros. A lo sumo, como se expresó en los puntos anteriores, afectará las preferencias de los demás acerca del modo de vida del agente, mas entiendo que se ha justificado que ello no implica “intereses legítimos de terceros”.

De acuerdo a ello es indisputable que el Estado no puede interferir en la conducta sexual libre de las personas con la madurez adecuada, por ejemplo, prohibiendo las mismas, tal sería el caso de que se las considerara como delitos o contravenciones, pasibles de sanción. Es que si la opción sexual que efectúe una persona integra el concepto “fuerte” de plan de vida, es más que obvio que no puede considerarse dicha elección como una conducta prohibida, estándar de protección estatal que ya es exigible para los actos que integran un concepto “débil” de plan de vida. Al respecto es de destacar

que aún desde posturas que consideran que el Estado tiene algo que decir sobre la virtud de los ciudadanos adultos, se ha considerado que la legislación no debe inmiscuirse en todo tipo de conductas. Así se ha sostenido, siguiendo a Finnis, que la ley humana tiene por finalidad establecer la justicia y la paz en la comunidad a la cual está destinada. En consecuencia, solamente cuando se demuestra que una determinada conducta compromete aquellos valores directa o indirectamente, tiene la autoridad pública título para intervenir, en tanto ello no ocurra, la corrección moral de la vida de las personas queda reservada a ellas mismas, a sus familias, y en términos del artículo 19 de nuestra Carta Magna a Dios⁴⁷.

En dicho orden de ideas, se ha considerado que la mera preferencia homosexual de personas adultas y libres no puede ser prohibida ni castigada por la ley civil, porque son actos meramente internos que hacen a su vida privada que no pueden ser ordenados por la justicia al bien común político, y no trascienden de la interioridad de los sujetos⁴⁸. Ahora bien, esta perspectiva nos parece estrecha en cuanto a la protección de la orientación sexual como conducta que hace a la autonomía personal, ya que aparece como una conducta permitida en la medida en que no “trascienda la interioridad de los sujetos”. Este concepto parecería circunscribir la permisión de las conductas homosexuales al ámbito de la “intimidad del hogar” por utilizar una denominación cara a una visión reduccionista de la privacidad. En la medida en que trasciendan dicha intimidad podría estar comprometida la “moral pública” y de esa manera ya no gozarían de la protección del artículo 19. Desde esta óptica la homosexualidad no resultaría prohibida porque no afecta el bien común, ya que no “trasciende” a las personas que la practican. Ahora bien, en realidad lo correcto sería considerar que no resulta invocable el concepto de bien común para decirle a las personas “cómo deben vivir su sexualidad”, y circunscribir la homosexualidad al ámbito de la intimidad es decirle que pueden tener la orientación sexual que quieran siempre y cuando no hagan pública su condición, lo cual importa decirles “cómo deben vivir su sexualidad”.

Desde una visión más “aperturista”, incluso es factible abogar por la no discriminación de los homosexuales, mas en ese caso los actos homosexuales se presentan como patrones de conductas “tolerables” aún cuando dicha condición se haga pública, mas no como una legítima opción de plan de vida de las personas. De acuerdo a dicho razonamiento es factible sostener que constituye un estándar aceptado casi universalmente que es injusto que A pueda imponer una desventaja a B simplemente porque B tenga una inclinación sexual hacia una persona del mismo sexo, es decir, que es injusto que se discrimine a un sujeto por su orientación sexual. Mas, se continúa diciendo, que lo discutible es el alcance de esa “no discriminación”; esto es, si ello genera derecho a “acciones positivas” y si autoriza el acceso de los homosexuales a situaciones o relaciones jurídicas generalmente limitadas a personas o parejas heterosexuales, en particular la cuestión del derecho a contraer matrimonio⁴⁹.

En esta última posición merece ser ubicado el voto mayoritario de la Corte Suprema en el caso “Comunidad Homosexual Argentina”⁵⁰. En dicho voto se consideró que la decisión en recurso -en cuanto coincidía con los fundamentos de la Inspección General de Justicia en el sentido de que la entidad recurrente no tenía por principal objeto el bien común- contenía argumentos de suficiente entidad que descartaban la tacha con que se la pretendía descalificar. Se hizo mérito de que la Cámara había considerado que los propósitos manifestados en el estatuto social de la recurrente incluían no solamente la protección de las personas homosexuales frente a discriminaciones arbitrarias, sino también a la pública defensa de la

homosexualidad en sí misma considerada, con vistas a su aceptación social, destacándose que la misma es considerada -de acuerdo al informe de la Academia Nacional de Medicina- como una desviación del instinto sexual normal. A su vez en el voto mayoritario de la Corte se entendió que no se advertía que la resolución recurrida cercenase la garantía de la libre expresión, en la medida en que la entidad recurrente, en su carácter de simple asociación civil, tenía plena capacidad para ejercer su derecho a expresarse libremente como lo había venido ejercitando⁵¹.

En homenaje a la honestidad intelectual, he de decir que en un temprano trabajo laudatorio de la sentencia de Cámara que denegara la personería jurídica a la C.H.A., me enrolé en esta posición⁵². En dicha oportunidad argumenté que el accionar de la C.H.A. como asociación no podía ser avalado por el Estado mediante el reconocimiento oficial, pero tampoco debía ser prohibido ni reprimido, agregando que su actividad no tiende al bien común por lo cual no debía otorgársele la personería jurídica, mas como su objeto no importaba la apología de ningún delito penal, su “status” debía ser el de una asociación de hecho sin personería jurídica. Está claro que de lo que llevo dicho hasta aquí en el presente trabajo, más de lo que se añadirá más adelante, considero claramente insuficiente esta postura a los fines de la protección que merece la autonomía personal. Es que, nuevamente y sin perjuicio de los argumentos que se verterán más abajo, resulta claro que de la consideración de la homosexualidad como un plan de vida “débil” sólo se deriva que dicha condición no debe reprimirse o que quienes lo eligen no deben ser discriminados, es decir que impone meras “obligaciones negativas” a la autoridad. Mas ello no alcanza para que dicho plan de vida sea “legitimado” por el Estado mediante “obligaciones positivas”, tales como el reconocimiento de la personería jurídica. La condición sexual de una persona compromete sus sentimientos más profundos, la elección de otra persona con quien compartir la vida afectiva, no se trata de optar por usar el pelo largo o corto. Si en una sociedad, su orden jurídico se limita a considerar como un plan de vida “débil” aquellas opciones o proyectos de vida en las cuales las personas comprometen los sentimientos más profundos como el amor, se puede decir que esa sociedad “tolera” determinados tipos de sentimientos, y de esa manera obliga a quienes los abrigan a tener una conciencia vergonzante de los mismos. “Tolerar” la homosexualidad importa tratar a la orientación sexual de una persona como un “pasatiempo” -tal el ejemplo del deportista extremo que se brindó más arriba-, que el Estado no debe prohibir, mas tampoco debe efectuar nada para que dicho plan de vida pueda ser ejercido en la medida que los sentimientos involucrados lo requieren.

A los fines de evaluar si el estándar constitucional del derecho a casarse exige el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, debe recordarse, tal como se expuso en el punto precedente, que el derecho a contraer matrimonio, como todo derecho, admite reglamentación y en consecuencia puede ser limitado, la cuestión es indagar cuáles limitaciones deben considerarse razonables desde la perspectiva del artículo 28 de la Constitución Nacional. Dado el tema de este trabajo, indagaré si es factible considerar que el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo puede importar una restricción irrazonable en función de distintos aspectos relativos a la autonomía personal y al concepto fuerte de plan de vida. Es claro que el derecho a casarse implica el derecho a formar una familia. Y dentro del concepto fuerte de plan de vida, es obvio que cabe incluir el derecho a formar una familia. Medina efectúa una interesante distinción entre conceptos tradicionales y modernos de familia. Bajo el concepto tradicional ubica al brindado en el artículo 2953 del Código Civil:

“La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”. Como concepto moderno identifica, entre otros, al brindado en un fallo del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza según el cual *“La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno”*⁵³. Ahora bien, de acuerdo al concepto moderno, la autora citada considera que como la familia no tiene base en el matrimonio sino en la unión convivencial, la protección solidaria o la función unitiva, argumenta que la imposibilidad de contraer matrimonio no priva a los homosexuales de su derecho a constituir una familia porque ésta existe independientemente del hecho de la celebración del matrimonio⁵⁴.

También entiende que dicha imposibilidad no infringe el derecho a no ser discriminado, por cuanto el matrimonio está pensado para personas de diverso sexo que puedan contribuir a la socialización de la prole y a la continuación de la especie humana, y tampoco se les impide la protección a la vejez, porque pueden contratar seguros privados, fondos de retiro, etc., en el marco de la autonomía de la voluntad, que es absolutamente respetada para quienes optan por vivir su sexualidad con personas de igual sexo⁵⁵. Desde otro enfoque se ha dicho que de admitirse como único matrimonio el heterosexual se estaría aceptando un modelo singular y no plural de matrimonio, ya que no se respeta el matrimonio diferente y en definitiva no se otorga con toda su amplitud “el derecho a ser diferente”. La negativa al matrimonio homosexual importa la no aceptación de un sistema plural, porque éste requiere proveer de medidas positivas a la unión homosexual para que ésta se emplace en condiciones aptas para subsistir con su estilo y su idiosincrasia para lograr cumplir con su proyecto personal de vida autorreferente⁵⁶. Frente a esta postura defensiva del matrimonio entre personas del mismo sexo, se ha sostenido que las conductas pueden estar prohibidas, toleradas o preferidas, y el casamiento es el clásico ejemplo de relación preferida. Quienes claman por el matrimonio homosexual no piden una tolerancia hacia la preferencia sexual sino que invocan una preferencia. El principio del pluralismo obliga a la tolerancia, pero no justifica, ni es suficiente, para permitir el matrimonio entre personas de igual sexo⁵⁷. En este mismo orden de ideas se entiende que puede hablarse de un grado de protección máximo, al que por imperativo constitucional es acreedora la unión matrimonial, mientras que con respecto a las uniones homosexuales cabe hablar de un grado de protección menor, que en todo caso deberá respetar los principios constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y de la igualdad⁵⁸.

De acuerdo a lo que se lleva reseñado y razonado hasta aquí, encuentro que si la legislación negara la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, se incurriría en una omisión “perfeccionista”, y por ende, inconstitucional por infracción al artículo 19. Entiendo que la situación es análoga a la prohibición del matrimonio interracial. Se ha argumentado que no se puede aplicar analógicamente al casamiento homosexual la doctrina

que considera inconstitucional el matrimonio interracial. Para fundamentar ello se sostiene que las leyes que prohíben los matrimonios interraciales separan razas; mientras que las leyes del matrimonio heterosexual integran los géneros. Las leyes que prohíben el casamiento interracial se fundamentan en la injusta doctrina de la supremacía blanca; mientras que las leyes que reglamentan el matrimonio heterosexual dan igual participación al hombre y a la mujer en la institución del matrimonio⁵⁹.

Discrepo con esta argumentación, ya que entiendo que el punto en común que tienen la prohibición del matrimonio interracial y del homosexual, es el compartir una visión “perfeccionista” del matrimonio, y por ende de la vida de los seres humanos. Así como, hasta no hace mucho, en algunas sociedades se consideraba que el matrimonio entre personas de distinta raza importaba una unión contraria a ciertas “leyes de la naturaleza”, básicamente ése es el criterio utilizado para denegar reconocimiento jurídico al matrimonio homosexual. En definitiva se considera que la relación heterosexual es “superior” a la homosexual, por diferentes motivos, como la capacidad de procreación. Sin embargo ello importa, de acuerdo a la caracterización de Nino sobre el perfeccionismo que se refiriera en el punto IV, una apreciación objetivista de los intereses de las personas, con independencia de los deseos o de la elección de forma de vida que las mismas hagan. Y es claro que la elección de la persona con la que se pretende compartir la convivencia con expectativa de permanencia hace al concepto “fuerte” de proyecto de vida. Para decirlo de manera llana y si se me permite algo vulgar, si el Estado no reconociera el matrimonio homosexual, el mensaje concreto que se enviaría a los homosexuales es el siguiente: usted tiene un deseo afectivo y sexual desviado, le permitimos que lo tenga e incluso que actúe públicamente en consecuencia, pero no nos pida que consideremos matrimonio a dicha convivencia porque es un modo de vida “inferior”.

En el fondo se trata de un mensaje “docente”, porque se indica que se incurre en incorrección. Ahora bien, es correcto que la legislación cumpla una función docente, la cuestión es qué enseñanza pretendemos de la ley. Mizrahi señala que es plausible que la ley cumpla una función docente y que es allí donde encuentra su límite el principio de autonomía, es el lugar donde el Estado dejará de ser neutral al no regir las premisas básicas del derecho matrimonial de la posmodernidad: la libre elección de los planes de vida y la veda a que los órganos de poder se conviertan en árbitros de formas de vida y de ideales de excelencia humana. Ese límite integraría el orden público matrimonial, que se constituye en una restricción al pluralismo y a la flexibilidad que caracteriza al actual derecho matrimonial. Y según el autor citado, el contenido del orden público matrimonial se puede clasificar en distintas esferas: a) la protección de los derechos e intereses de terceros, b) la preservación de la dignidad humana y la libertad de la persona, y c) los márgenes del asentimiento colectivo⁶⁰.

En cuanto a los derechos e intereses de terceros, Mizrahi señala que el principio de autonomía tiene límites y uno de ellos se evidencia cuando el ejercicio de la libertad del individuo coloca a otros en una situación de menor autonomía relativa, por ejemplo si se desatienden los deberes alimentarios de los hijos⁶¹. Al respecto entiendo que es claro que los derechos e intereses de terceros resultan un límite a la autonomía pero aquí encuentro conveniente realizar una aclaración con respecto al concepto de autonomía. Es obvio que a la luz del artículo 19 de la Constitución Nacional, no se puede esgrimir el principio de la autonomía personal para dañar a terceros. Es que si mi “plan de vida” es utilizar a otras personas como “esclavos”, mi “plan de vida” no resulta amparado por el principio de autonomía. Surge del mismo texto del artículo 19 que el Estado no puede permanecer neutral

frente a la afectación de los intereses de terceros, ya que no resulta apropiado hablar de autonomía cuando nuestras conductas exceden el marco de la “autorreferencia”.

En lo que se refiere a la defensa de la dignidad humana y la libertad de la persona, precisa Mizrahi que, si bien al individuo, en la elección de sus planes de vida, le asiste el derecho a renunciar a determinadas ventajas a cambio de otras, la sociedad, con razón, ha organizado un sistema de prohibiciones, tratándose de situaciones extremas en que la veda tiene como objetivo evitar que en la persecución de sus planes de vida los hombres usen como meros medios a sus semejantes. Enumera como ejemplos, en el derecho de familia, las prohibiciones para establecer acuerdos renunciando a los alimentos futuros, para no contraer matrimonio, para celebrarlo con determinada persona, o para no divorciarse⁶². Entiendo que los ejemplos que se brindan dan por supuesta una situación de necesidad de una persona que es objeto de abuso o explotación por parte de otra. En tales casos, si se coloca el foco en la “autonomía” del “aprovechador” resulta evidente que hay afectación de intereses de terceros, por lo cual el límite estaría dado por éstos y se presentaría la situación del supuesto anterior. Pero si de lo que se trata es de la “autonomía” del “aprovechado”, por un lado resulta claro que no hay verdadera autonomía, ya que si se está en una situación extrema, no se está en condiciones de decidir libre y voluntariamente. Pero amén de dicho argumento, ese “límite” a la autonomía estaría dado por una intervención estatal “paternalista”. Y en ese caso no habría contradicción, o si se quiere límite a la autonomía, ya que, como se dijo siguiendo a Nino en el punto IV, el paternalismo no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que las personas no han elegido, sino en imponer conductas que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente. De allí que no aprecio que estemos, en este supuesto, ante un “real límite” a la autonomía, sino ante una medida “coadyuvante” o “facilitadora” de la autonomía.

Por último, Mizrahi indica como otro límite a la autonomía, a la cultura y los márgenes de asentimiento colectivo. Arguye que son situaciones dinámicas que marchan al compás de los tiempos y que van determinando en cada supuesto si la conducta analizada se debe considerar inscripta en el marco del principio de la autonomía personal -y en tal caso vedada a la intervención estatal, por aplicación de la regla de la neutralidad- o si se debe estimar que tales acciones exceden el principio de autonomía. Señala que los márgenes del asentimiento colectivo no dependerán del derecho sino de las valoraciones coyunturales de la sociedad en una época dada, o sea de la cultura imperante, de allí que tienen una conformación variable. Justamente el autor brinda el ejemplo del matrimonio homosexual, en tanto su prohibición resultaría legítima en la medida en que la valoración social sea contraria a este tipo de uniones⁶³.

Al respecto habré de decir que desde una posición que descrea de conceptos “esencialistas” u “ontológicos”, y que considera que los valores son cambiantes según la evolución de la sociedad, lo que Mizrahi señala como márgenes de asentimiento colectivo puede ser considerado como un límite a la autonomía personal. En ese sentido encuentro totalmente razonable que en la vieja Ley de Matrimonio Civil 2393 no se hubiera contemplado el matrimonio homosexual. Sin embargo entiendo que a su vez dicho límite debe tener, valga a redundancia, un límite. Y aquí traigo a colación el debate entre Lord Devlin y Hart sobre la penalización de las prácticas homosexuales. Hart apuntó al hecho de que la controversia mantenida versaba sobre la justificación moral de la exigencia de que el derecho debe reflejar pautas morales. Aclara que el punto de vista desde el cual se

desarrolla la polémica es el de una moralidad crítica, es decir de los principios morales que uno sostiene como válidos independientemente de que sean aceptados socialmente o no. En consecuencia lo que plantea como tema controvertido es si nuestra moral crítica apoya o no la exigencia de que el derecho debe reconocer la moralidad positiva, cualquiera que sea su contenido⁶⁴.

Desde esta óptica entiendo que no es un argumento suficiente señalar al asentimiento colectivo como un límite a la autonomía personal, más allá de que no creo que Mizrahi se desentienda de todo razonamiento desde una moralidad crítica al proponer tal restricción. Lo cierto es que debe relativizarse el valor del asentimiento colectivo como restricción a la autonomía, ya que justamente por hallarnos ante conductas autorreferentes, se corre el riesgo de caer en normas perfeccionistas, por las cuales la mayoría pueda imponer un punto de vista sobre cuál debe ser el plan de vida de los integrantes de las minorías. De más está decir, porque entiendo que ya he argumentado suficientemente al respecto, que justamente el valor de la autonomía radica en que, como principio, resulta un límite a las decisiones mayoritarias o al pretendido bien común. Esta idea ha sido claramente expuesta en el voto del Dr. Petracchi en el fallo de la “C.H.A.”⁶⁵. Con cita de Dworkin, se expuso en el mencionado voto que *“...recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo...una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el gobierno debe actuar de manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea coherente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original”*, y en otro párrafo se agregó *“...Por lo demás, aun cuando el juicio del a quo reflejare un pensamiento mayoritario que fuese “verdadero” y “erróneo” el de los peticionarios, ambos grupos tienen derecho a la garantía de sus libertades constitucionales. Sólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control”*.

A lo razonado hasta aquí cabe añadir que si la ley debe cumplir un rol docente, y en esto coincidimos, volvemos a la pregunta acerca de ¿qué enseñanza pretendemos de la ley?. Al respecto resulta atinente tener presente, y nuevamente aquí sigo a Nino, que la educación es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales del bien, y por otro lado, una determinada educación es necesaria para materializar el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. Pero si bien la educación es uno de los recursos primarios que deben distribuirse igualitariamente en una sociedad comprometida con el valor de la autonomía ecuanimemente distribuida, él no es un bien neutral, ya que depende de cuál sea el contenido y el método de esa educación⁶⁶. Con cita de Gutman enumera algunos principios para guiar la acción educativa del Estado democrático: a) el de que la educación en la sociedad democrática debe proveer la capacidad para participar efectivamente en el proceso democrático; b) que ningún niño educable debe ser excluido de una educación adecuada para participar en el proceso político que estructura la elección entre vidas buenas, y c) que ni el Estado ni grupo alguno puede usar la educación para restringir la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida y de la buena sociedad⁶⁷. Si se está de acuerdo en la existencia de un derecho a una educación liberal en el sentido que lo que debe fomentarse es la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida, y si se reconoce que la ley tiene una función docente, es claro que una legislación que no reconozca el matrimonio homosexual no estaría fomentando dicha deliberación racional, sino que estaría presentando a la

sociedad un solo modelo de plan de vida matrimonial -el heterosexual- y por ende excluyendo otro -el homosexual- por el cual, libremente algunas personas prefieren optar.

Como conclusión de cuanto se lleva dicho en este punto, considero que un estándar constitucional adecuado del principio de la autonomía, que incluya una dimensión amplia de las conductas autorreferentes, así como una concepción “fuerte” de plan de vida” -en tanto no sólo exige omisiones sino también prestaciones del Estado-, requiere que la legislación contemple el matrimonio homosexual. Y en ese sentido la sanción de la ley 26.618 satisface dicho estándar. Lo contrario importaría considerar que el matrimonio homosexual afecta legítimos intereses de aquellos que consideran a dicho plan de vida como erróneo, cuando en realidad sólo afecta las preferencias de los mismos respecto del plan de vida de otras personas que han optado libremente por él.

VII.- MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, INCESTO Y POLIGAMIA.

Se ha criticado la justificación del matrimonio entre personas del mismo sexo que se efectúa desde la autonomía personal, con el argumento de que con dicho fundamento correspondería admitir también el matrimonio incestuoso y el poligámico -o poliándrico-. Así se señaló que “...es función de la ley establecer límites y diferencias, que no implican ‘discriminación’ (en sentido peyorativo) cuando tienen razón lógica. La ley no discrimina a los inquilinos llamándolos así y otorgándoles derechos diversos de los que atañen a los propietarios, por más que aquellos sientan la vocación subjetiva de hacerse dueño de las casas que alquilan. En el ámbito mismo del matrimonio, no es discriminación sino una pauta de orden social impedir el incesto o la poligamia”⁶⁸.

El argumento en el caso del incesto sería más o menos así. Si dos personas adultas libremente, en ejercicio de su autonomía, desean convivir con expectativa de permanencia y exigen que el Estado reconozca como matrimonio dicha unión, sin importar que sean del mismo sexo; ¿por qué no aceptar lo mismo aunque esas dos personas mantengan el vínculo familiar impediendo de progenitor e hijo o de hermanos, de acuerdo a lo normado por los incisos 1 y 2 del artículo 166 del Código Civil?, en cuyo caso dicha norma debería ser declarada inconstitucional. Considero que en el caso del incesto la prohibición resulta justificada por razones de “paternalismo válido” si se enfoca la cuestión sobre el hijo/hija. Por ejemplo si pensamos en la relación “padre/madre-hijo/hija”, se ha sostenido que no nos hallamos con dos extremos simétricos y equiparables, sino ante un vínculo asimétrico y desigual⁶⁹. Lo que se quiere significar es que esas personas, desarrollan un vínculo de por sí desigual, por el tipo de afecto, cuidado y protección que corresponde esperar por parte de los padres a fin de que sus hijos puedan desenvolverse autónomamente cuando adquieran la edad adulta. De allí que es perfectamente factible presumir que el hijo/hija no se encuentra en pleno ejercicio de su autonomía al decidir entablar una relación de ese tipo. Una relación de dicha índole, lejos de permitirle efectuar una opción libre de plan de vida, resulta un obstáculo debido que dicho vínculo se inició de otra manera, en el cual ambos términos de la relación formaban y forman parte de una estructura familiar ocupando un rol determinado (padre/madre-hijo/hija), el que resulta incompatible con el que se pretende con el cambio de vínculo. Si se enfoca la cuestión desde el padre/madre, debido a la relación de “desigualdad/superioridad” que por lo general ejercen los padres, directamente la prohibición de matrimonio tiene por objeto no causar un

perjuicio a otro -al hijo/hija-, por lo cual ni siquiera es necesario esgrimir el argumento del “paternalismo válido”, sino que directamente estaríamos fuera de la hipótesis del artículo 19 porque se causaría un daño a otro en la medida en que se afectaría su autonomía.

A esto se podría objetar que ese desequilibrio o desigualdad en la relación no está presente en el caso del vínculo hermano/hermana. Es muy posible que el vínculo en ese caso sea de carácter más igualitario, sin embargo, entiendo que la cuestión siempre radica en que el mantenimiento de la posición inicial que dichas personas ocupan en la estructura familiar -la relación de fraternidad-, lejos de importar una restricción a la autonomía, les permite desarrollar afectos y crear nuevos vínculos -con personas ajenas al grupo familiar nuclear- que incrementarán su capacidad de libre elección de plan de vida, en síntesis, su autonomía. Por lo tanto se justifica la restricción nuevamente por razones de “paternalismo válido”. En este punto del razonamiento me interrogo, si admitimos por razones de “paternalismo válido”, prohibiciones y restricciones a la libertad contractual en el derecho laboral y en el derecho del consumidor, ¿cómo no vamos a justificar la prohibición del matrimonio incestuoso, si resulta evidente que la superposición y confusión de los roles en la estructura familiar que el mismo acarrearía, por lo general restringirán la libre elección de planes de vida de los involucrados al potenciar relaciones de carácter endógeno que obstaculizan la posibilidad de encarar y establecer nuevos vínculos?. De allí también que resulte razonable que la prohibición se mantenga dentro de los vínculos más cercanos o dentro de la línea recta, sin que se extienda a los vínculos colaterales más lejanos que la relación entre hermanos, tal como surge de lo dispuesto por el artículo 166 del Código Civil. Es que el vínculo entre primos no involucra una dinámica relacional tan cercana que su “conversión” en un vínculo marital pueda afectar el ejercicio de la autonomía de las personas emparentadas.

Con relación a la poligamia/poliandria, Mizrahi considera que la restricción resulta justificada, no por motivos de “paternalismo válido”, sino por razones culturales y de los márgenes de asentimiento colectivo⁷⁰, por lo que la justificación se reduce a determinados ámbitos socioculturales. De hecho hay sociedades, como algunas de Medio Oriente, donde es aceptada la poligamia. La cuestión planteada es compleja, y más aún si entendemos que el derecho es un producto cultural y alejamos su caracterización de posiciones ontológicas. Ahora bien, desde un punto de vista liberal de defensa de la autonomía, ésta resultaría ser el límite a la “relatividad axiológica” que importa esta visión “culturalista”. Es cierto que, con cierta razón, se podrá argumentar que el propio concepto de “autonomía” es cultural, y en consecuencia, variable a lo largo del tiempo y del espacio. De hecho admitimos que al tiempo de sancionarse la ley 2.393 no podría haberse tildado a la misma de inconstitucional por no contemplar el matrimonio entre personas del mismo sexo. En ese orden de ideas puede entenderse que la prohibición del matrimonio poligámico/poliándrico resulta más sujeto a variaciones culturales que la prohibición del matrimonio incestuoso. Con todo, y volviendo nuevamente a Hart a los fines de posicionarnos en un análisis desde la moralidad crítica, entiendo que un vínculo en el cual uno de los términos tiene la posibilidad de casarse con varias personas y el otro término no, aunque acepte dicha situación de manera libre y voluntaria, revela una situación de desigualdad, en la cual los “muchos” con los que puede casarse el “polígamo” ven reducida notablemente su autonomía. En consecuencia, entiendo que las mismas razones de “paternalismo válido” justifican la prohibición de este tipo de matrimonios.

A modo de corolario, y más allá de las relatividades culturales que puedan

esgrimirse en este tipo de argumentaciones, entiendo que lo que queda claro, es que, desde la defensa del principio de la autonomía personal, el matrimonio entre personas del mismo sexo no resulta equiparable al matrimonio incestuoso o poligámico/poliándrico. La diferencia radica en que la elección de una relación homosexual es fruto del ejercicio de la autonomía de la persona, en la medida en que implica la libre opción por un determinado plan de vida sin afectar intereses legítimos de terceros. En cambio, en el supuesto del matrimonio incestuoso se parte de una relación familiar previa que, o bien implica desigualdad y/o dependencia unilateral, o se trata de un vínculo más igualitario que por su intensidad y características resulta justificable su mantenimiento. En ambos casos, la “conversión” de ambos vínculos en “maritales” afecta la autonomía de las personas involucradas. Por su lado, en la hipótesis del matrimonio poligámico/poliándrico, también se presenta una situación de desigualdad, y si bien podrían esgrimirse razones culturales para justificarlo, debe considerarse que las mismas conspiran contra el desarrollo de la autonomía de la persona, ya que no hacen más que perpetuar la injusta posición de desequilibrio apuntado.-

VIII.- CONCLUSIONES

Como resumen de este trabajo podemos enunciar las siguientes conclusiones:

1) La autonomía personal y la libertad psicológica, importan principios fundantes del sistema democrático, en cuanto sin su reconocimiento no es factible el desarrollo del libre debate moral y la deliberación racional a los fines de tomar las decisiones que hacen a la comunidad con el debido respeto e igual consideración que merecen sus integrantes.

2) El estándar constitucional de la autonomía personal involucra a las “conductas autorreferentes”, comprendiendo bajo este concepto aquellas conductas valoradas por el agente como relevantes a su plan de vida libremente elegido y que no importen un riesgo apreciable de generar perjuicios a intereses legítimos de terceros, no incluyendo en estos últimos a las preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar.

3) Es factible distinguir entre dos conceptos de “plan de vida”. Un concepto “débil” comprende las conductas que sólo reflejan una determinada preferencia y no afectan las preferencias de otros respecto de sí mismos. Un concepto “fuerte” incluye las conductas y decisiones que reflejan nuestras preferencias, que además de que no afectan las preferencias de los demás respecto de sí mismos, imprimen un marcado sesgo o identidad a nuestra existencia.

4) La reglamentación de la autonomía personal sólo se justifica en la medida en que redunde en beneficio de la misma. Así violan el estándar constitucional las interferencias estatales de tipo “perfeccionista”, que suponen un criterio objetivista de la apreciación de intereses en cuanto lo que satisface los mismos resulta independiente de los deseos o de la elección de forma de vida del agente. Por el contrario, se justifican las interferencias estatales desde un “paternalismo no perfeccionista”, en tanto están dirigidas a proteger a los individuos contra actos u omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles.

5) El concepto “fuerte” de plan de vida exige que para la protección de las conductas y decisiones que comprende, no sólo son suficientes la abstención y la omisión de interferencia del Estado, sino también que el

mismo efectúe determinadas prestaciones positivas, dentro de las cuales cabe considerar al reconocimiento de efectos jurídicos especiales a dichas conductas y decisiones.

6) Con relación a la institución matrimonial, el Estado puede razonablemente reglamentar su “ingreso”, su “estructura” y su “egreso”. Dicha razonabilidad está íntimamente ligada al respeto a la autonomía personal y a que no se perjudique a terceros. De allí que resulte razonable la exigencia de una vocación o expectativa de permanencia en el vínculo, por lo que es dable imponer un plazo razonable para el cese del mismo por mutuo acuerdo de los cónyuges. Por los mismos motivos resulta justificable la exigencia de los deberes de fidelidad y asistencia recíproca, ya que los mismos favorecen el respeto mutuo de la autonomía de cada cónyuge. Asimismo la indisolubilidad del vínculo involucra una interferencia “perfeccionista” que impide a los cónyuges “liberarse” de un vínculo que ya no integra su plan de vida, y “emprender” uno nuevo que resulta relevante para ese plan libremente elegido.

7) El estándar constitucional adecuado del principio de la autonomía personal, que incluye una dimensión amplia de las conductas autorreferentes, así como una concepción “fuerte” de plan de vida -en tanto no sólo exige omisiones sino también prestaciones del Estado- requiere que la legislación contemple el matrimonio homosexual. En ese orden de ideas, la ley 26.618 satisface dicho estándar, ya que lo contrario importaría considerar que el matrimonio homosexual afecta legítimos intereses de aquellas personas que lo consideran un plan de vida erróneo, cuando en realidad sólo afecta las preferencias de las mismas respecto del plan de vida de otros.

8) Desde la defensa del principio de la autonomía personal, el matrimonio entre personas del mismo sexo no resulta equiparable al matrimonio incestuoso o poligámico/poliándrico. La diferencia radica en que la elección de una relación homosexual como “plan de vida” se presume fruto del libre ejercicio de la autonomía. En cambio, en el supuesto del matrimonio incestuoso se parte de una relación familiar previa que implica desigualdad y/o dependencia unilateral, o en el caso de tratarse de un vínculo más igualitario, por su intensidad y caracteres resulta justificable su mantenimiento. En tales supuestos la “conversión” de dichos vínculos en “maritales” afecta la autonomía de las personas involucradas. Finalmente en la hipótesis del matrimonio poligámico/poliándrico, también se presenta una situación de desigualdad, y aun cuando es más dependiente de razones culturales, cabe considerar que las mismas presentan implicancias negativas para el desarrollo de la autonomía personal.

Notas:

¹ ver en Nino, Carlos S.: “Ética y derechos humanos”, Ed. Astrea, 1989, pág. 202.-

² ver en Nino, op. cit., págs. 204/205.-

³ ver cita de Mill, John S.: “Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham”, p. 136/137, en Nino, Carlos S.: “Fundamentos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, 2000, pág. 305.-

⁴ ver en Nino, Carlos S.: “La constitución de la democracia deliberativa”, Ed. Gedisa, 1997, pág 76.-

⁵ ver en De Cunto, Aldo Luis: “El poder constituyente originario. Consideraciones sobre su naturaleza y ejercicio”, LL, 1997-B, págs. 1376/1393.-

- ⁶ ver en Quintas, Avelino Manuel: “Análisis del bene comune”, 2ed., Ed. Bulzoni, Roma, 1988, págs. 76/79.-
- ⁷ ver en Quintas, op. cit., págs. 82/85.-
- ⁸ ver en Quintas, op. cit., ág. 85.-
- ⁹ ver en Millán Puelles, Antonio: “Fundamentos de Filosofía”, Ed. Rialp S.A., pág. 385.-
- ¹⁰ ver en Quintas, op. cit., págs. 84/85.-
- ¹¹ ver en Quintas op. cit., págs. 86/87.-
- ¹² ver en Bouzat, Gabriel: “El derecho como un sistema de razones para la coacción”, en Alegre-Gargarella-Rosenkrantz: “Homenaje a Carlos S. Nino”, Ed. La Ley, 2008, págs. 143/145.-
- ¹³ ver en Nino: “Fundamentos de derecho constitucional”, pág. 304.-
- ¹⁴ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 441.-
- ¹⁵ ver en Nino: “Fundamentos de derecho constitucional”, pág. 306.-
- ¹⁶ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 439.-
- ¹⁷ ver en Fernández Sessarego, Carlos: “¿Es posible proteger jurídicamente ‘el proyecto de vida’?”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Año XII, N° 3, marzo 2010, pág. 7.-
- ¹⁸ ver en Fernández Sessarego, op. cit., pág. 8.-
- ¹⁹ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 439.-
- ²⁰ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 437.-
- ²¹ CSJN, Fallos: 308:1392.-
- ²² ver cita en Basterra, Marcela I., en Sabsay-Manili: “Constitución de la Nación Argentina...”, Ed. Hammurabi, 2009, T° I, pág. 893.-
- ²³ CSJN, Fallos: 312:496.-
- ²⁴ ver en Basterra, op. cit., ídem.-
- ²⁵ CSJN, Fallos: 308:2268.-
- ²⁶ CSJN, Fallos: 316:479.-
- ²⁷ ver en Fayt, Carlos S.: “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes”, Ed. La Ley, 2004, pág. 258.-
- ²⁸ ver en Fayt, op. cit., págs. 264/265.-
- ²⁹ ver en Basterra, op. cit., pág. 887.-
- ³⁰ ver en Bidart Campos, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1994, T° I, págs. 335/336.-
- ³¹ ver en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales” Ed. Del Puerto, Bs. As., 1997, págs. 284/286.-
- ³² ver cita de “On liberty”, en Nino, Carlos S.: “Los límites de la responsabilidad penal”, Ed. Astrea, 1980, pág. 273.-
- ³³ ver en Nino: “Los límites de la responsabilidad penal”, págs. 273/274.-
- ³⁴ ver en Nino: “Los límites de la responsabilidad penal”, págs. 274/275.-
- ³⁵ ver en Nino: “Los límites de la responsabilidad penal”, págs. 276/277.-
- ³⁶ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, págs. 205 y 413.-
- ³⁷ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 214.-
- ³⁸ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 414.-
- ³⁹ ver en Mizrahi, Mauricio Luis: “Familia, matrimonio y divorcio”, Ed. Astrea, 2006, pág. 261.-
- ⁴⁰ ver en Mizrahi, op. cit., pág. 262.-
- ⁴¹ ver en Rosenkrantz, Carlos: “En defensa de la igualdad”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2000, SELA 1999, págs. 67/79.-
- ⁴² ver en Rosenkrantz, op. cit., págs. 71/72.-
- ⁴³ CSJN, Fallos: 308:2268.-
- ⁴⁴ ver cita en elDial.com – AA6264.-
- ⁴⁵ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, págs. 415/416.-
- ⁴⁶ ver en Nino: “Ética y derechos humanos”, pág. 414.-
- ⁴⁷ ver en Legarre, Santiago: “Ensayo de relimitación de las acciones privadas de los hombres”, LL-1999-B, págs. 1268/1269.-
- ⁴⁸ ver Medina, Graciela: “Los homosexuales y el derecho a contraer

matrimonio”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, pág. 63.-

⁴⁹ ver Medina, op. cit., pág. 67.-

⁵⁰ CSJN, Fallos: 314:1531.-

⁵¹ ver en Fayt, op. cit., pág. 263.-

⁵² ver en De Cunto, Aldo Luis: “Derechos humanos y bien común: Un tema de filosofía política en el fondo de un fallo judicial”, ED, 144-974/982.-

⁵³ ver en Medina, op. cit., págs. 209/210.-

⁵⁴ ver en Medina, op. cit., pág. 213.-

⁵⁵ ver en Medina, op. cit., pág. 218.-

⁵⁶ ver en Medina, op. cit., pág. 241.-

⁵⁷ ver cita de Wardle, en Medina, op. cit., pág. 260.-

⁵⁸ ver en Medina, op. cit., págs. 261/262.-

⁵⁹ ver cita de Duncan, Richard, en Medina, op. cit., págs. 251/252.-

⁶⁰ ver en Mizrahi, op. cit., págs. 287/288.-

⁶¹ ver en Mizrahi, op. cit., pág. 289.-

⁶² ver aut. cit., op. cit., pág. 290.-

⁶³ ver en Mizrahi, op. cit., págs. 294/295.-

⁶⁴ ver en Nino: “Los límites de la responsabilidad penal”, pág. 278.-

⁶⁵ CSJN, Fallos: 314:1531.-

⁶⁶ ver en Nino: “Fundamentos de derecho constitucional”, pág. 293.-

⁶⁷ ver en Nino: “Fundamentos de derecho constitucional”, pág. 295.-

⁶⁸ ver revista “Criterio”, N° 2356, Enero-Febrero 2010, pág. 7.-

⁶⁹ Ver en Mizrahi, op. cit., pág. 233.

⁷⁰ Ver en Mizrahi, op. cit., pág. 295.-



LAS MARISAS, O CÓMO LOS JUECES IMPACTAN EN LA VIDA DE LAS PERSONAS

POR HELENA LIBERATORI: ABOGADA ESPECIALIZADA EN DERECHO ADMINISTRATIVO (UBA). JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES DESIGNADA POR CONCURSO CON ACUERDO UNÁNIME DE LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN 1999.



Hacia el mes de noviembre de 2009 Marisa y María del Pilar se presentaron en los tribunales de la Ciudad, iniciando una acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Obsba), con el objeto de que se les brindara la cobertura económica del tratamiento de fertilización in vitro por técnica ICSI en la institución que ellas habían elegido para realizarlo con un costo entonces de aproximadamente quince mil pesos (\$ 15.000). También solicitaron la declaración de invalidez de la no inclusión de estos tratamientos en el Plan Médico Obligatorio por no respetar los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Asimismo exponían que siendo una pareja desde el año 2003, sentían como cualquier familia el deseo y la necesidad de tener un hijo de ambas lo cual era biológicamente imposible mediante cualquier método natural por lo que recurrieron a la Obra Social con la finalidad de conseguir les cubriera el tratamiento de fertilización in vitro, el que les resultaba económicamente inalcanzable. También describían en su demanda de amparo cómo procederían a fin de que el hijo que anhelaban fuera biológicamente, un hijo de las dos, dado que el óvulo de una de ellas iba a ser implantado en la otra -luego de la fertilización asistida- para la gestación.

Cabe señalar que previo a la decisión cautelar solicitada, y en atención a las particularidades que el caso presentaba, se fijó una audiencia -a fines informativos y eventualmente conciliatorios- en la que no se arribó a ningún acuerdo por lo cual se tornó necesario el dictado de la medida cautelar que se centraba en la dignidad y la salud de las personas.

La dignidad de la persona puede definirse como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y no cabe duda que la salud es un valor imprescindible para el desarrollo humano, con una vinculación íntima con el derecho a la vida.

En oportunidad de referirse a estos derechos, el Alto Tribunal ha expresado que “...ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana” (Fallos 313:1262), “que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” (Fallos 302:1284; 310:112); y que “...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).” (in re “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina” del 24-10-00, publicado en Jurisprudencia Argentina del 28 de marzo de 2001, págs. 36/47).

En este orden de ideas, la medida precautoria pretendida “se encuentra enderezada a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o

imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (Fallos: 320:1633).

Esta pauta tenida en cuenta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar se entronca con el principio –recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- conforme al cual “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón” (ver García de Enterría, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121).

De este modo, la cuestión traída a resolver por “las Marisas”¹ en la instancia cautelar se hallaba enraizada en lo que los autores Cappelletti y Bryan Garth² han denominado “un derecho social al acceso”.

Superada la filosofía individualista propia de los siglos 18 y 19, según la cual y a estar a los autores citados, “No concernía al Estado auxiliar la indigencia jurídica”, o sea la imposibilidad de mucha gente para valerse del Derecho y de sus instituciones (p.19), estábamos así ante un planteo cautelar que refería, por una parte, al derecho de salud entendido de modo integral tal como lo ha establecido la Constitución de la Ciudad y, por el otro, al derecho a la igualdad, a fin de que las actoras pudieran acceder a lo que le es dado a otros: tener un hijo en común ya que la ciencia médica pone hoy a disposición los medios que posibilitan concretar ese anhelo, superando así la condición sexual respectiva, como limitante físico para llevar adelante ese objetivo de vida propuesto.

Con relación a la igualdad también cabe decir que al conformar las actoras una familia basada en una pareja del mismo sexo, la Constitución de la Ciudad contempla al respecto en su artículo 11, que “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo” por lo que la Constitución local reconoce entonces y garantiza el derecho a ser diferente no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de orientación sexual.

Con esos fundamentos, se ordenó a la obra social procediera a adoptar las medidas necesarias tendientes a cubrir los costos económicos del tratamiento médico a fin de que las actoras pudieran acceder a la posibilidad de tener un hijo en común. Al respecto, la mayoría de la Sala II del Fuero en el primer precedente jurisprudencial en esta materia, el Caso “Ayuso”, había resuelto de modo similar en favor de la cobertura con fundamento en el derecho a la salud que se debe garantizar en razón de las normas de la Constitución local, la Constitución Nacional y los Tratados internacionales, aun cuando no esté prevista la prestación médica en cuestión en el Plan Médico Obligatorio, lo cual fue nuevamente revalidado en el voto de la Dra. Alicia Ruiz, jueza del Tribunal Superior de Justicia.

Podríamos decir que esta es la primera parte del caso y que lo más novedoso no sería la decisión cautelar -pese a que fue objeto de noticia periodística en su momento- sino lo que sucedería meses después y que tiene que ver, precisamente, con el título de este artículo, acerca de cómo las decisiones de los jueces impactan –para bien o no- en la vida de las personas. Y en consecuencia, que esta circunstancia no nos distraiga de la delicadeza y cuidado con la que deberíamos siempre ejercer nuestra función.

La medida cautelar fue apelada por la obra social pero al carecer la apelación de efectos suspensivos, el tratamiento fue comenzado por las

actoras y costeadas por la obra social mientras en la Cámara de Apelaciones del Fuero³ tramitaban los agravios de esa entidad.

En el mes de agosto de 2010 – a casi diez meses después de la medida cautelar- la Cámara se expide con la disidencia del Juez Horacio Corti -en sentido concordante con la decisión cautelar-, revocándola sin costas en la incidencia. Para ello se basó en que el tratamiento no estaba contemplado en el PMO y que la acción debía tramitarse por vía ordinaria al ser una cuestión “indudablemente muy controvertida”.

El voto en disidencia del Dr. Corti establecía por el contrario que la obra social se encontraba obligada a garantizar a sus afiliados el ejercicio de los derechos a la salud, en particular, el de los derechos reproductivos a la luz de lo dispuesto en la ley nacional 25673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable cuyo artículo 3 contempla que el Programa está destinado a la población en general, “sin discriminación alguna”, con base asimismo en lo dispuesto por la ley Básica de Salud Nro. 153 de la Ciudad de Bs.As. en la cual también se garantiza la salud integral y los derechos reproductivos, y de la ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable en cuanto establece entre sus objetivos específicos, el de orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad.

Ahora bien, la decisión revocatoria del tribunal de Alzada coincidió a diez meses después de la decisión de la instancia cautelar, con el hecho nuevo que las actoras denunciaban en el expediente principal anoticiando el embarazo tal como ellas lo habían previsto y bajo la cobertura cautelar que les aseguró llevar adelante su plan de vida desde lo económico. Es así entonces que sucedió algo maravilloso. Los jueces de la mayoría de la Alzada revocaban al tiempo que la Vida, el Destino o Dios confirmaban, lo cual pone en toda evidencia la cuestión moral de la decisión judicial revocatoria.

Por cierto que la cuestión principal del caso es el derecho a la salud en su acepción integral, del modo en que se halla consagrado en la Constitución porteña⁴, pero no menos relevante es el aspecto económico que el ejercicio de ese derecho implica -con motivo del tratamiento médico en cuestión-, dado que si las actoras hubieran contado con los medios económicos suficientes para viabilizar ese aspecto de sus planes de vida - tener un hijo en común-, no habrían tenido necesidad de acudir al tribunal y supeditar sus planes de vida a la decisión de los jueces.

Podemos afirmar entonces que, la cuestión económica adquiere así una centralidad casi absoluta ya que la decisión judicial debía resolver sobre ésta aún cuando el sustento fueran los derechos fundamentales en juego, vida y salud básicamente.

Cabe efectuar entonces una aclaración en torno al costo de los derechos. Es usual que al respecto se ponga un fuerte acento en el costo de los derechos sociales soslayando que todos los derechos lo tienen⁵.

“Los derechos cuestan dinero. Todos ellos, ya se trate de las libertades tradicionales a la no interferencia estatal (libertades negativas), o de los derechos sociales usualmente identificados como aquellos que exigen el despliegue de una actividad más directa por parte del Estado (libertades positivas)... Los derechos sociales muestran más claramente esta dimensión, la necesidad de la prestación estatal” que es el aspecto que hace salir a la luz, el costo económico aunque como bien lo señalan Holmes y Sunstein, todos los derechos tienen un costo económico porque el goce de ellos aún de los denominados derechos tradicionales como puede ser el de la propiedad privada, requieren para su vigencia de acciones positivas del Estado, y consecuentemente de las erogaciones del presupuesto público correspondientes. En el ejemplo, los Registros inmobiliarios y los tribunales

a donde se dirimen las contiendas a las que ese derecho eventualmente da lugar.

Cabe decir, que el voto mayoritario de la Alzada que revocara la decisión cautelar, efectúa una descripción extensa y exhaustiva de las normativas nacionales e internacionales que reconocen el derecho a la vida, a la salud y a la igualdad, los cuales vienen a quedar, por causa de la revocatoria, en un nivel meramente retórico, soslayando con eficacia que el reconocimiento de los derechos es precisamente para que sean protegidos y puestos en acto. Ello con especial énfasis en la Constitución porteña que a modo de reaseguro dispone en el artículo 10 que los derechos y garantías no pueden ser negados o limitados por la omisión o insuficiencia de reglamentación, agregando que ésta no puede cercenarlos. Hay pues un mandato constitucional de eficacia de los derechos fundamentales.

También podemos afirmar que el voto mayoritario de este caso vino a desconocer que el Poder Judicial es parte del Estado que debe necesariamente actuar para que las normas que consagran derechos no sean fórmulas vacías. Un tribunal laxo debilita los derechos o los torna elusivos. “El cumplimiento o la protección parcializada de los derechos es sin dudas, una violación de la igualdad ante la ley”⁶.

Ahora bien, resulta paradójal que en esa misma decisión -más allá del argumento que entendemos meramente nominal acerca de la falta de previsión en el PMO del tratamiento en cuestión-, no se tomara en cuenta en relación al costo de los derechos que, precisamente, uno de ellos y no menor, es el que se deriva de la decisión de ordinarizar el proceso de amparo, un costo si acaso mayor al del tratamiento médico, que como es sabido, tiene un horizonte de varios años de trámite y solo en la primera instancia.

Es válido preguntarnos entonces acerca de la legitimidad moral de este tipo de decisiones judiciales, en las que, como sucediera en forma tan evidente en el caso en análisis, los jueces asumen la decisión revocatoria de cortar un proyecto de vida, con la intención ostensible de “ahorrar” un gasto al Estado.

No acordamos con ese “statu quo” judicial que opta por años de pleito sin un correlativo y razonable grado de eficacia de los derechos fundamentales en juego y que deben ser protegidos.

Dijimos al comienzo que Marisa y Pilar se vieron obligadas a ventilar su intimidad y sus planes de vida por causa de una cuestión económica, que sea dicho, tampoco revestía una gran magnitud⁷.

“El hecho de que los derechos sean financiados por los esfuerzos extractivos de las otras ramas no se condice con la imagen que la rama judicial tiene de sí misma. El problema es serio. ¿Es posible que los jueces, nominalmente independientes, estén en realidad atados a las cuerdas del monedero?”⁸

No obstante, así parece que sucede con frecuencia no deseable. En este sentido, en la sentencia del 12 de octubre de 2010, la Cámara Civil y Comercial Federal (LDI c. Swiss Medical S.A. s. Incidente de Apelación) explicaba que “La ley no ha avanzado a la par del desarrollo de la ciencia médica y no contempla en ninguna de sus normas legales o infralegales la cobertura de las prestaciones objeto de la medida precautoria y este defecto no puede ser suplido con ligereza, pues a diferencia de lo que sucede con otras situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas y que no admiten dilación ninguna en la respuesta de autoridades públicas, la incorporación de técnicas de alta complejidad en las políticas de salud requiere provisiones de financiación”.

Cabe preguntarse si es dable calificar de “ligereza” suplir los vacíos legales que alientan la concreción de los derechos fundamentales cuando

existen normas de fondo como son los artículos 15 y 16 del Código Civil que respectivamente establecen, por un lado, el deber de los jueces de resolver y de no pretextar el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de las leyes, y dando a la vez las herramientas necesarias a través de la analogía y los principios generales del derecho.

Respecto de los vacíos legales que los fallos denegatorios en esta materia tienen en común, es claro que también tienen en común el error de creer, como dicen Holmes y Sunstein, que el contenido específico de los derechos está tallado en “granito constitucional”.

Por el contrario, tal como lo sostienen esos autores, el contenido de los derechos no se mantendrá incólume durante los años. “A medida que los viejos problemas sociales desaparecen, surgen otros nuevos, la interpretación de los derechos naturalmente evoluciona... los derechos dependen del contexto en varios aspectos importantes, su interpretación y aplicación varían según las circunstancias cambiantes y de acuerdo a los avances o retrocesos del conocimiento”⁹.

En conclusión, creemos que los jueces no debemos ser, a la hora de la eficacia de los derechos fundamentales, “efigies impasibles”¹⁰, debemos tener presente que en los expedientes discurre la vida de las personas y que si ellas han tenido que acudir a los tribunales es porque no han encontrado la posibilidad de resolver sus problemas en base a sus decisiones. Ello imprime a la labor judicial del más alto contenido ético y las personas que se desempeñan como jueces debemos estar a la altura de esa responsabilidad, que por otra parte, hemos asumido libremente.

Notas:

¹ Tanto Marisa como Pilar saben de esta “afectuosa” denominación de mi parte hacia ellas, por razón de la carátula del expediente de amparo que solo consignaba el nombre de Marisa como es usual en el estilo tribunalicio. Pilar era “y otro”

² “El Acceso a la Justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos”, año 1983, editado por el Colegio de Abogados de La Plata

³ Sala I integrada por los jueces Inés Weinberg, Carlos Balbín y Horacio Corti

⁴ Artículo 20 “Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones”

⁵ Véase la obra de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, “El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”, Siglo Veintiuno, colección derecho y política, marzo de 2011.

⁶ Al respecto véase en el libro mencionado, página 66

⁷ Véase en el Caso “Ayuso”, el voto del Juez José Osvaldo Casás cuando dice “Asimismo, la OBSBA en ningún momento ha intentado probar de manera concreta —ni siquiera de modo sumario— el desbalance económico que le generaría el impacto de la sentencia resistida”

⁸ Holmes y Sunstein, página 49

⁹ Holmes y Sunstein, op.cit., página 146. En igual sentido, lo sostenía Bidart Campos "...a los regímenes pasados los podemos calificar como regímenes de derecho si realizaron los criterios de justicia que conocían los hombres de su época, aunque no hayan realizado los que conocemos hoy; en tanto a los regímenes presentes los valoramos con nuestros criterios de justicia actuales, denominándolos regímenes de derecho y de justicia (porque ambos conceptos se identifican ahora) si realizan los criterios de justicia que conocemos actualmente" (*Filosofía del Derecho Constitucional*, Bs.As., Ediar, 1969, página 12)

¹⁰ Nieto, Alejandro, "Contra lo que pudiera quizás esperarse, el juez no es, por su naturaleza y función, un individuo sensible, atento a cuanto suceda en la realidad que pueda afectar a la vida y derecho de los particulares que están-según se dice- bajo su última protección, sino más bien un funcionario alejado de las preocupaciones de los litigantes y justiciables, sordo a los gritos del mundo y que únicamente reacciona ante las presiones insistentes y formalizadas de abogados y fiscales: en suma, una efigie impasible" ("El desgobierno judicial", *Fundación Alfonso Martín Escudero- Editorial Trotta, Madrid, año 2005, página 95*)



DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA.

ALGUNAS EXPERIENCIAS JUDICIALES EN CHUBUT.

POR GLADYS DEL BALZO: DEFENSORA JEFE EN LA CIUDAD DE PUERTO MADRYN - CHUBUT.



I. SUCESIÓN DE LA LEYES PROCESALES EN EL TIEMPO

Nos proponemos marcar, escuetamente sin ánimo de completitud, el derrotero que ha tenido la Jurisprudencia de la Provincia del Chubut en orden a distintos temas vinculados con el plazo de la investigación penal preparatoria.

Una de las primeras cuestiones que se plantearon a la entrada en vigencia del nuevo código, esto es, el 31 de octubre de 2006, estuvo vinculada a la sucesión de las leyes procesales en el tiempo. Se reclamó su aplicación retroactiva en relación con el Digesto Antiguo (Ley 3155), fundamentalmente respecto del tiempo de duración del proceso, que incluye el plazo de la IPP. (Art. 146 primera parte).

Se sostuvo a dichos efectos que correspondía la aplicación de una ley mas benigna, que le pone número al principio de razonabilidad; que opera automáticamente en todos los procesos, como pauta objetiva, ajena a toda discrecionalidad judicial. Estando los jueces llamados a aplicarla por mandato expreso constitucional (Art. 44,III,C.Ch), el que clausura definitivamente el debate doctrinario respecto a si resulta aplicable a la legislación procesal penal el principio sustancial de irretroactividad de la ley – y su contracara la retroactividad de la ley mas benigna-, lo mismo que, como no podía ser de otra manera, en consonancia constitucional, dispone el nuevo código en su Art. 30.

El debate dio lugar a resoluciones jurisprudenciales encontradas¹, hasta el pronunciamiento de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia². Sostuvo este Tribunal que si el proceso se inició y se consolidó con el anterior procedimiento (Ley 3155), y si hubo prestado declaración el imputado (art. 421 Ley 5478), entonces siguen rigiendo aquellos tiempos, y que sería irrazonable imponer términos pensados para un proceso, a otro que ha sido concebido bajo parámetros diferentes. Es que, según el máximo tribunal provincial, no hay ley procesal más benigna, simplemente hay un proceso sustancialmente distinto a otro y el legislador ha ordenado los tiempos de su aplicación en el artículo 421 del nuevo Código, en el que se señala la aplicación del Código anterior respecto de las causas pendientes, siempre que al entrar el nuevo en vigor, haya prestado declaración el imputado.

II. PLAZO PARA FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN. CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

También suscitó distintas interpretaciones entre los operadores judiciales, el artículo 269 del nuevo código, que impone al Fiscal un plazo

de quince días, desde la *noticia criminis*, para formalizar la investigación, si es que encuentra mérito para ello. El artículo en su versión original, esto es antes de la modificación que sufriera por la Ley 5817, decía: “*Valoración Inicial. Dentro de los 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*”.

Ante casos de formalizaciones de la investigación pasado el plazo legal, se dieron planteos defensas presentados como excepción de falta de acción (Art. 54 inc. 2 del Código del rito), reclamando el sobreseimiento del imputado con fundamento en el carácter perentorio del plazo. Ello en atención a que si bien el artículo de marras no lo fijaba expresamente, se entendió, era de aplicación la regla general en materia de plazos contenida en el artículo 139 que estipulaba, y lo sigue haciendo, el carácter perentorio e improrrogable de los términos fijados en la ley, salvo las excepciones dispuestas por la misma.

Si bien en un principio, la excepción tuvo acogida favorable³, terminó por imponerse el criterio jurisprudencial⁴, luego receptado legislativamente por la Ley 5817, que sustentaba el carácter ordenatorio del plazo, con el argumento de que *si bien el artículo 139 establece la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos procesales, en cada supuesto el Código señala la sanción ante el incumplimiento de los mismos, lo que sólo fue dispuesto para el caso de que el fiscal no presentara la acusación u otra solicitud al vencer los plazos de la etapa preparatoria (arts. 282 y 283). En tanto en el supuesto del artículo 269 no se prevé sanción procesal alguna, salvo las responsabilidades funcionales genéricas del interviniente, no estando, además, contemplado el vencimiento del término del artículo 269, entre las causales de sobreseimiento fijadas en el artículo 285.*

47 —

Se planteó entonces, la cuestión sobre la consecuencia que acarrearía el incumplimiento del plazo fijado por el artículo 269. Vale decir, cuando transcurridos los quince días de recibida la denuncia, el informe policial o practicada la averiguación preliminar, el fiscal no se manifestaba por ninguna de las cinco opciones que el mismo marca.

La defensa sostuvo en diversos casos la necesidad de pronunciamiento fiscal a su vencimiento, a fin de evitar un alargamiento indefinido de la IPP, con claro perjuicio hacia la persona imputada de un delito, y que en su defecto, se debía considerar iniciado el plazo de la etapa preparatoria, y también el de duración máxima del proceso.

Por su parte, el MPF alegó que en un proceso acusatorio la acción pública resultaba disponible para el fiscal, prevaleciendo por ello el carácter dispositivo caracterizado por una etapa informativa a fin de decidir acerca de la existencia o no de un caso. Que los quince días previstos legalmente tenían tal sentido, debiendo computarse el inicio del plazo de la IPP a partir del apercibimiento al imputado en audiencia de tal decisión (art. 274).

La cuestión fue interpretada de distinta manera. Así algunos jueces entendieron⁵ que si bien el plazo de quince días que señala el artículo 269 resultaba ordenatorio, por lo que puede por ello formalizarse la investigación vencidos los mismos, y no correspondería invocar el comienzo del plazo razonable por su solo vencimiento, la situación cambiaba radicalmente cuando se hubiere dirigido contra una persona determinada actos de procedimiento de un órgano de la persecución penal.

Es que a partir de allí y de conformidad a lo que señala el artículo 81 de código de forma, una persona es considerada imputada en una causa penal,

cobrando operatividad las garantías constitucionales propias del proceso penal, entre ellas la del plazo razonable, surgiendo, entonces para el acusador, la obligación de tomar, en el término previsto en la disposición legal citada, algunas de las opciones que la norma prevé. De no hacerlo y aunque no pierda el derecho a formalizar con posterioridad, en un tiempo prudencial y razonable, la apertura de la investigación, comienza a correr el plazo de duración tanto de la etapa preliminar (art. 282) como el del proceso en su totalidad (art. 146). Interpretar lo contrario, se dijo, esto es, restarle todo efecto sobre el cómputo del plazo de la etapa preparatoria y del proceso todo, sería consagrar la teoría del “no plazo”, desde que el inicio del plazo total de la duración del proceso, no tendría tiempo cierto y solo estaría dado por el auto de apertura a cargo del fiscal, sin fecha cierta de producción.

Esta doctrina sin embargo, parece no ser la seguida por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia⁶ que señaló, y esto antes de la última modificación al artículo 274 por la Ley XV N° 15, como “dies a quo” o momento inicial a partir del cual comienza a correr el plazo de la investigación penal preparatoria y del proceso todo, el de la apertura de la investigación (art. 274 CPP.) sin que corresponda computar incluido un plazo ajeno al que prescribe la norma del artículo 282 del CPP.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal, antes de la modificación antes dicha, sostuvo que el cómputo del plazo debía contarse desde la *audiencia* prevista en el artículo 274, en tanto la defensa – por el contrario – adujo que aquel instante se producía cuando el propio fiscal disponía la apertura de la investigación preparatoria del juicio, formando un legajo.

La Sala Penal, se pronunció⁷ sosteniendo que el sistema acusatorio que consagra la Ley XV N° 9 (antes Ley 5478), separa drásticamente la facultad de investigar de la de juzgar (art. 18 CPP); que está en manos del fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública y en aquellos que, dependiente de instancia privada se hubiera permitido la procedibilidad oficial, sin perjuicio del rol del querellante; que les cabe a estos sujetos procesales, particularmente al órgano estatal, la preparación del caso, pues como lo señala el artículos 256 y sgtes., son ellos y no la Magistratura los que lo construyen, interviniendo el juez como órgano de control de la observación de las garantías. De ahí que la audiencia de apertura de la investigación no es una proposición al juez para que habilite formalmente la instancia sino una comunicación de lo que ya ha comenzado, para que, en adelante el magistrado desarrolle su tarea garantizadora. En la audiencia de apertura el juez toma noticia de la actividad del fiscal y la comunica al imputado, sin interpellarlo. Concluyendo entonces en sostener que el momento de inicio del plazo era el de la *resolución fiscal de apertura* y no el de la audiencia, por así imponerlo el sistema acusatorio.

Es dable destacar que el artículo 274 del CPP fue como muchos otros, con posterioridad a aquel precedente, modificado en virtud de la Ley XV N° 15, sancionada el 26 de Agosto de 2010, por impulso del Consejo de Fiscales. Por ella se estableció el inicio del plazo de duración del procedimiento a partir de la audiencia en la que se le comunica al imputado la apertura de la investigación.

No obstante ello, y ya estando vigente la modificación referida que impone la intimación al acusado, la Sala en lo Penal⁸ recordando el precedente “Batistelli”, confirmó el sobreseimiento del imputado en la impugnación extraordinaria efectuada por el ministerio público fiscal, aplicando la *ley vigente al tiempo del hecho*, esto es el artículo 274 sin la modificación.

III. PLANTEOS RESPECTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ACORDADAS.

Otra cuestión vinculada al artículo 269 que dio lugar a pronunciamientos judiciales, fue la relacionada a la constitucionalidad de la Acordada N° 021 del 03 de Noviembre de 2006, de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia.

Por dicha Acordada, el órgano judicial resolvió suspender por el término de 45 días hábiles para la circunscripción judicial de Comodoro Rivadavia y de 30 días hábiles para las restantes circunscripciones judiciales, el plazo fijado en el artículo 269, en relación a todas las causas iniciadas con anterioridad al 31 de octubre del año 2006, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código.

El motivo de dicho Acuerdo fue la nota remitida por el Sr. Procurador General de la Provincia, por la que daba cuenta del abultado número de casos que los juzgados de instrucción habían transferido al Ministerio Público Fiscal, por aplicación de lo prescripto en el artículo 421 del nuevo Código Procesal Penal, que impone su aplicación a las causas pendientes a su entrada en vigencia, siempre que no hubiere prestado declaración el imputado.

La operatividad de esta acordada, dio lugar a cuestionamientos planteados en audiencias, que reclamaban el sobreseimiento del imputado por vencimiento del plazo señalado en el artículo 269, sin que el ministerio público fiscal hubiera tomado ninguna de las resoluciones que el mismo prevé. Se alegaba tanto el carácter perentorio del término como la inconstitucionalidad de la acordada por modificar la Ley, alongando los plazos, en una clara arrogación de competencia ajena (arts. 12, 135 inc.19 C.Ch.).

Los mismos fueron sistemáticamente desechados por los jueces de garantía⁹, con fundamento tanto en el carácter ordenatorio del plazo, como en la constitucionalidad de la acordada, lo que se sustentó en *la facultad de la Sala Penal de dictar normas a los fines de lograr una mayor eficiencia atento a que se trataría de causas iniciadas con anterioridad a la vigencia del nuevo código*.

A nuestro criterio no se ha tenido en cuenta que las cuestiones vinculadas a la gestión en modo alguno pueden alterar el contenido normativo de las leyes con modificación del plazo de duración de la IPP.

El embate, también con resultado adverso, contra la aplicación de Acordadas que se reputaron inconstitucionales se proyectó asimismo respecto de aquellas (N° 028/07; N° 63/08; N° 085/09 ; N° 0190/09) que dispusieron la suspensión del curso del plazo de investigación (arts. 269 y 282), con la sola salvedad de los casos en que se encontraran personas detenidas, durante el transcurso de la feria ordinaria de enero de los años 2007, 2008, 2009 y 2010, bajo el argumento de *“la drástica reducción de personal que se produce durante el mes en curso en todos los órganos del Poder Judicial, y las particularidades propias de esta etapa de transición [...], con la finalidad de resguardar el correcto y eficaz desempeño de los mismos...”*.

Es que de acuerdo con la letra del Código, los plazos procesales corren inclusive durante las ferias judiciales ya que así lo dispone expresamente el artículo 138 al señalar que *“Todos los días y horas serán hábiles para el cumplimiento de los actos de investigación y del control de garantías, salvo las excepciones expresamente dispuestas, y no se suspenderán los plazos por la interposición de días feriados”*.

La cuestión resultaba como la anterior, de injerencia decisiva en el ejercicio de la defensa de un imputado, en virtud de poder ser el mismo sobreseído por el cumplimiento del plazo de la etapa preparatoria, sin que

haya mediado un pedido de prorroga o se haya formulado acusación, de acuerdo a las prescripciones de los artículos 148, 282, 283 y 285 inc. 7° del CPP.

Se sostuvo entonces por la defensa que *además de la clara inconstitucionalidad de las mismas por la incompetencia del órgano atento a su contenido modificatorio de la ley procesal*, desde la entrada en vigencia del nuevo CPP, ninguna Acordada (o Acuerdo) del Superior Tribunal de Justicia, respecto de plazos procesales había sido publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del Chubut, consecuentemente no podía invocarse una norma de alcance general si la misma no cumplía con el requisito de publicidad oficial que imponen el art. 13 de la Constitución Provincial y en particular la Ley I N° 156 (antes Ley 3764) al señalar, en su artículo 10, que los acuerdos del STJ, de la índole como los que se cuestionaban, destinados a producir efectos generales, debían ser publicados en el Boletín Oficial. Previendo el artículo inmediato siguiente, la consecuencia de la publicación. (*“Artículo 11.- Efectos de la publicación. Todos los actos y documentos especificados en el artículo precedente, serán tenidos por auténticos y se tendrá por cumplida la exigencia del artículo segundo del Código Civil por efecto de su publicación en el Boletín Oficial”.*)

Esta última cuestión, la exigencia de publicación en el Boletín Oficial, fue considerado por el órgano jurisdiccional, en el caso que se cita, un exceso de formalismo¹⁰, desde que según se dijo se ha dictado en el marco de la Ley Orgánica de la Justicia de la Provincia (Ley V N° 3 antes Ley 37), que habilita al Superior Tribunal a suspender los términos procesales cuando circunstancias y acontecimientos especiales lo hicieran necesario, sin que la mencionada Ley exija la publicación reclamada.

Se ha omitido a nuestro entender, en dicha resolución considerar la especialidad de la Ley I N° 156 (antes Ley 3764), en relación a la que se cita, amén de soslayarse el análisis de los alcances de *las circunstancias y acontecimientos especiales* que posibilitan su dictado en relación con la reducción de personal que se produce, *como una cuestión ordinaria*, durante el transcurso de la feria judicial. A su vez, la etapa de transición a que aluden las acordadas, no puede extenderse a años posteriores a la entrada en vigencia del nuevo código, sin alterar los términos de la Ley.

IV. SOBRESIMIENTO POR NO PRESENTACIÓN DE ACUSACIÓN AL VENCIMIENTO DEL PLAZO OTORGADO, INFERIOR AL MÁXIMO LEGAL.

También fue objeto de discusión, esta vez por impulso fiscal, el sobreseimiento del imputado dispuesto por aplicación del artículo 285 inc. 7, esto es, por haber transcurrido el plazo de la investigación preparatoria acordado por el Juez de garantías, sin que se hubiere presentado acusación (artículo 282 antes de la modificación por la Ley XV N° 15), en casos en que el otorgado lo había sido, ante el cuestionamiento de la defensa a la razonabilidad del solicitado, por un tiempo menor a los seis meses que, como máximo señala el Código.

El recurso fiscal se fundó en lo que consideró una errónea interpretación de la ley, desde que, a su entender, el sobreseimiento previsto en el artículo 285 inc. 7 del CPP, requería el transcurso “del plazo *máximo* de duración de la etapa preparatoria” (esto es, seis meses), único plazo que reputaba perentorio, en tanto el otorgado por el magistrado, menor al mismo, debía ser considerado meramente ordenatorio y por tanto inhábil a su vencimiento para posibilitar el sobreseimiento del imputado ante la falta de presentación

de la acusación respectiva.

La cuestión fue resuelta en forma contraria a los intereses del MPF¹¹, habiéndose entendido que resultaba de aplicación tanto el artículo 139, que señala el carácter perentorio e improrrogable de los términos, como el artículo 148, que prevé el sobreseimiento en caso de que el fiscal no acusa ni presenta otra solicitud al vencer el plazo de la etapa preparatoria. Se destacó que estaba al alcance de la parte acusadora solicitar en los términos del artículo 283 una prórroga al plazo otorgado, situación que no había acontecido en el caso.

Lo importante del supuesto, aun cuando no hubo pronunciamiento de la Sala Penal sobre el fondo de la cuestión, rechazándose el recurso fiscal por cuestiones formales¹², es haberse adecuado su solución al criterio de que la razonabilidad del plazo de investigación se encuentra en manos de los jueces, siempre que se entienda, de conformidad a lo sostenido por los doctores Petracchi y Boggiano en “*Kipperband*”, en favor del imputado, debiendo el ministerio público concluir la investigación en dicho plazo razonable, aun cuando fuere inferior al máximo legal, por cuanto éste, para el caso, devino en irrazonable.

Sin embargo a partir de la última modificación practicada al código por la Ley XV N° 15, que suprimió el párrafo tercero del artículo 282 que facultaba al juez a fijar un plazo menor al tiempo solicitado por el fiscal, a pedido, en audiencia pública, del imputado o del querellante, cuando no existía razón para la demora, los jueces penales fijan derechamente, en todos los casos, sin distinción, el plazo máximo de la etapa previsto legalmente, salvo que la petición fiscal sea por un término menor. Con ello, entendemos se ha renunciado al juzgamiento de la razonabilidad del plazo, el que debe estar en manos de los jueces, con el alcance antes dicho.

V. PRÓRROGAS SIN AUDIENCIA PREVIA. OBJECIÓN A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 282.

Otra cuestión que origina cuestionamientos y que merece ser analizado, es el vinculado al *trámite* que debe darse al pedido de prórroga del plazo de la investigación preparatoria.

El artículo 282 del CPP fija en seis meses la duración máxima de esa etapa, plazo que se mantuvo inalterado no obstante la modificación que sufriera el texto originario (Ley N° 5874 - hoy Ley XV, número 9) por la Ley XV N° 15, en lo que respecta al inicio de su cómputo y a la introducción de la facultad que se otorga a la defensa técnica de requerir al juez se intime al fiscal a presentar en un plazo de diez días la acusación, si vencidos aquellos seis meses no la hubiere hecho efectivo.

La posibilidad de solicitar por la fiscalía y la querrela prórrogas a ese plazo, ha sido prevista en el artículo 283, habiendo la última ley modificatoria del Código, arriba citada, extendido en dos meses más, de los ocho originariamente señalados, aquella factibilidad.

Ahora bien, el procedimiento *para la concesión de las prórrogas* no ha sido uniforme en la Provincia del Chubut, y esto aun antes de haberse suprimido del artículo 282, la facultad del imputado a cuestionar ante el Juez la concesión del plazo máximo ordinario de seis meses, y a peticionar uno menor, cuando no había razón para la demora en la investigación.

La práctica judicial *de decidir los pedidos de prórrogas, sin fijación de audiencia previa*¹³, ergo sin posibilidad de participación del imputado y su defensor, debe ser censurada por vulnerar el principio de contradicción que

tiene que ser observado durante todo el proceso (art. 3 CPP) como una derivación del derecho de defensa en juicio (arts. 18 C. N. y 45 C.Ch).

No se trata, en modo alguno, de poner en tela de juicio el derecho que tanto el fiscal o el querellante tienen a solicitar, motivada y fundamentada en las causales previstas (art. 115 CPP), las prórrogas, sino de reclamar que se acuerde a la contraparte, la defensa, la posibilidad de pronunciarse en una audiencia (art. 260 CPP), ante un tercero imparcial, el juez, acerca del cumplimiento o no de las situaciones a las que, a modo de excepción, refiere el Código del rito como presupuestos para su otorgamiento.

Justamente para el tratamiento de peticiones y planteos de las partes durante la etapa preparatoria, es que el CPP estipula su resolución en audiencias orales y públicas, las que deberán llevarse a cabo bajo los principios de simplicidad, celeridad y contradicción (art. 260).

El tema, por su naturaleza e importancia, merece ser debatido. Versa nada más y nada menos que del plazo, mas allá del tiempo ordinario de seis meses previsto legalmente, en que una persona va a seguir sujeta a investigación, con todas las implicancias que ello tiene en cuanto a restricción de derechos, circunstancia puesta de manifiesto por la Corte Federal a partir de “Mattei”.

Paralelamente, no hay con ello limitación alguna a la facultad de petición del ministerio público fiscal y de la querrela. Tampoco se invalida ninguno de los otros principios que junto al de contradicción, rigen durante el proceso y que señala el artículo 3 del CPP. Por el contrario, los principios de oralidad, publicidad e inmediación, recién así cobrarán operatividad junto con el de contradicción.

Los principios de simplificación, celeridad y concentración tampoco se verán avasallados desde que en una audiencia se escuchará a todas las partes y decidirá el juez, cobrando su actuación la imparcialidad de decidir luego de escuchar a todos los implicados.

Aun cuando la última reforma al Código, en un franco e inadmisibles retrocesos en términos de garantías, ha venido a suprimir el tercer párrafo del artículo 282 que señalaba el derecho del imputado a solicitar al juez de garantías la fijación de un plazo menor a los 6 meses que, como duración máxima ordinaria de la investigación se prevé, el carácter tabulado por sus motivos, del tiempo extraordinario de investigación, debiera permitir a la defensa intervenir en el proceso de formación de la decisión judicial (art. 25, I CPP). Decisión que por imperativo constitucional (art. 169, I, C.Ch.) debe ser motivada, con adecuada fundamentación lógica y legal y con indicación del valor asignado a cada medio de prueba.

Por otra parte, es de destacar que el artículo 31 del CPP, en consonancia con el artículo 44, V de la Constitución del Chubut, señala una interpretación restrictiva de todas aquellas cuestiones que limiten el ejercicio de los derechos del imputado, no ofreciendo duda que como derivación de la garantía de la defensa en juicio, se encuentra el derecho a un pronunciamiento penal rápido, sin dilaciones indebidas o injustificadas, receptado implícitamente en la Constitución Nacional y, en forma expresa, en los tratados internacionales que la integran (DADH art. XXV; CADH art. 7 inc. 4 y 5; PIDCyP 14.3.c).

La desafortunada práctica de decidir los pedidos de prórroga, sin dar posibilidad de participación al imputado y a su defensor, menoscaba, también, la obligación de los jueces de preservar el principio de igualdad procesal, debiendo allanarse todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debilitan (art. 17 CPP).

Por último, cabe formular objeciones en cuanto a la constitucionalidad del artículo 282 luego de la modificación introducida por la Ley XV N° 15.

Este artículo confiere a la defensa técnica la facultad (“podrá” dice el texto legal) requerir al juez el emplazamiento al fiscal, vencido el plazo de la etapa preparatoria, para que formule la acusación en un término de diez días. De no ejercerse tal facultad, el dictado del sobreseimiento no resulta posible, continuando vigente el plazo.

El estado de inocencia que ampara al imputado aparece sin duda lesionado al imponérsele que, para obtener el sobreseimiento, previamente debe requerir se intime en mora al acusador a fin de que se pronuncie respecto de un acto que lo perjudica. La confrontación con la garantía que prohíbe la obligación de auto incriminarse (arts. 18 C.N.; 45 IV C.Ch.), aparece manifiesta.

Notas:

¹ C. 1ª Crim. de Trelew “S.,J.J. p.s.a. privación ilegítima de la libertad, estafa, daño, y resistencia a la autoridad – Trelew”, (Expte. 190/02), con voto en disidencia de uno de los Magistrados y C. 1ª Crim. de Comodoro Rivadavia, “R.,M.E s/ Falso testimonio”, Expediente N° 02/04; entre muchos otros.

² STJ de Chubut, Sala Penal, T., L.H. s/ Abuso sexual de menor de trece años agravado por el vínculo filial, convivencia preexistente- Esquel”, Expte. N° 20.740 - Letra T- folio 262- año 2006; “P.,R.A. y otros s/ fraude en perjuicio de la administración pública agravado por su condición de empleados públicos cometidos en forma reiterada en concurso real con asociación ilícita” (Art.174 inc. 5-55 y 210 del C.P.); “P., M.A y otros s/participes necesarios en fraude. (Art.45, 174 inc. 5, 55 y 210 C.P.) (Expte. 20.900 Letra P-folio 294 Año 2007); “R.,S.A.-C.,C.R s/ hurto agravado por abigeato en grado de tentativa (Expte. N° 20588-F°233- Año 2006).

³ Causa MPF N° 1742, carpeta N° 284 OFIJU Pto. Madryn, Audiencia del 28 de Marzo de 2007, registro de grabación N° 00284AI-07.

⁴ STJ de Chubut, Sala Penal, autos “S.,M.A. s/ Denuncia apremios ilegales”, sent.. N° 23/2010, expte. N° 21.425, letra S, fo. 92, t. II, año 2008 –; Caso MPF N° 11.461, legajo N° 1665 OFIJU Pto. Madryn, audiencia 08/01/2009, registro de grabación N° 01665AI-09 y 01665AI2-09; sent. de la C. Pen. de Esquel del 15/3/2010 en “Prov. del Chubut c/ Vargas; Leopoldo, Campos María Inés – El Hoyo” Carpeta N° 174 OJ; legajo N° 11.413 MPF.

⁵ Sent. de la C. Pen. de Esquel del 15/3/2010 en “Prov. del Chubut c/ Vargas; Leopoldo, Campos María Inés – El Hoyo” Carpeta N° 174 OJ; legajo N° 11.413 MPF.

⁶ STJ de Chubut, Sala Penal, autos “S.,M.A. s/ Denuncia apremios ilegales”, Sent. N° 23/10, expte. N° 21.425, letra S, fo. 92, t. II, año 2008.

⁷ Sent. N° 22/2010 del 20/05/10 “Provincia del Chubut c/ Batistelli Sergio Donato s/ encubrimiento por receptación dolosa s/ recurso de queja”, expte. N° 21.628, fo. 128, t. II, letra P, año 2009.

⁸ Sent. del 02/02/11 en “Provincia del Chubut c/ Vidal Rubén del Carmen”, expte. N° 21954, letra P, fo. 183, año 2010.

⁹ Causa MPF N° 9169/2006, legajo N° 25/2006 OFIJU, Puerto Madryn, audiencia 24/11/03, registro de grabación N° 0025AI-06; causa MPF N° 144, legajo N° 102/2006 OFIJU, Puerto Madryn, audiencia 21/12/06, registro de grabación N° 00102AI-06; causa MPF N° 421/2006, legajo N° 86/2006 OFIJU, Puerto Madryn, audiencia 07/02/2007, registro de grabación N° 0086AI-06; causa MPF 424/2006, Legajo 85/2006 OFIJU, Puerto Madryn, audiencia 07/02/2007, registro de grabación N° 0085AI-06.

¹⁰ Causa N° 12.093 MPF, carpeta N° 1700 OFIJU, Puerto Madryn, audiencia 28/05/10, registro de grabación N° 01700AL-10 y resolución del 04/06/2010, N° 597/2010 OFIJU, P.M.

¹¹ Causa MPF N° 7944/2006, legajo N° 32/2006 OFIJU, Puerto Madryn,

audiencias del 19/02/2007 y 12/03/2007, registros de grabación N° 0032AR-06 y N° 0032AREV-06; audiencia 12/04/07, registro de grabación N° 00032AREV-07.

¹² STJ de Chubut, Sala Penal, 04/07/07 “C.J.S. y otros p.s.a. Robo agravado”, sent. N° 59/2007, expte. N° 20873-288-2007.

¹³ Solicitud jurisdiccional N° 404, carpeta N° 1230 OFIPM, legajo MPF N° 8104, res. N° 923/2008 OFIJUPM, del 26/11/2008; caso MPF N° 13.297, carpeta N° 1938, OFIJU, PM, res. N° 880/2009 del 05/10/2009; caso MPF N° 14014, carpeta N° 2047, OFIJU, PM, res. N° 1190/2009 del 10/12/2009; caso MPF N° 8888, carpeta N° 1210, OFIJU, PM, res. del 20/02/2009; causa N° 27.659MPF, carpeta N° 3149 OFIJU, CR, res. del 13/11/2010.





EL MISMO HORROR, LA MISMA RESPONSABILIDAD. PERSPECTIVA DE GÉNERO SOBRE LA TORTURA¹

POR CLAUDIA HASANBEGOVIC: ABOGADA (UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA). MASTER EN MUJER Y DESARROLLO (ISS, HOLANDA). DIPLOMA EN GÉNERO (INTERNACIONAL WOMEN UNIVERSITY, ALEMANIA). DOCTORADO EN POLÍTICAS SOCIALES (UNIVERSITY OF KENT, GRAN BRETAÑA). ACTUALMENTE SE DESEMPEÑA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, EN EL CARGO DE PROSECRETARIA LETRADA (POR CONCURSO).

Las feministas vienen debatiendo hace bastante tiempo sobre la naturaleza de la violencia de género en la pareja y buscan hacer visible el contenido político de este fenómeno en la “esfera privada”. En este artículo propongo usar el término “tortura doméstica”, haciendo un paralelo con esas formas de violencia que son pública e internacionalmente condenadas y, al mismo tiempo, resaltar el rol del Estado al tolerar formas gravísimas de violencia masculina contra la mujer.

Al oír el término “violencia doméstica” o “violencia familiar”, o “violencia contra la mujer” o inclusive el más apropiado término “violencia de género”, aún aquellas personas que están sufriendo esa agresión en sus vidas íntimas experimentan sentimientos confusos. Las reacciones pueden variar desde considerar dicho fenómeno como algo sin relevancia para ell@s, algo que le pasa a otras personas y en otras clases sociales, u otras culturas, hasta minimizar el fenómeno como un “problema privado” en el cual ni terceras personas ni el Estado deberían intervenir. El mundo académico no es inmune a estos prejuicios, transformando la ideología de la “privacidad” en una abierta devaluación de las investigaciones en este campo.

En contraste, la palabra “tortura” motiva la desaprobación general y el respeto por sus víctimas, tan necesaria para curar las heridas sufridas. La diferencia en la respuesta pública a estos dos fenómenos de violación a los derechos humanos puede hallarse en la división de las esferas en dos ámbitos, el de lo “público” y el de lo “privado”, lo “doméstico” y lo “político”, el mundo “femenino” y el mundo “masculino”, respectivamente; todo lo cual se relaciona con las concepciones tradicionales sobre las mujeres y sus percepciones, que son vistas como “inferiores” a los “hombres” por una tradición androcéntrica que considera al varón y sus necesidades como parámetro de “la humanidad” (Fascio, 1992).

Sin embargo, desde 1878 las feministas han sostenido que la violencia doméstica es “tortura doméstica” (Power Cobe). Mi propósito en este artículo es doble: 1) clarificar estas nociones y contribuir a redefinir el término *violencia doméstica* (violencia de género contra la mujer en la pareja) como *tortura*, y 2) llamar la atención sobre la naturaleza política de este tipo de violencia. La violencia de género contra la mujer es una cuestión política, siendo el Estado un elemento esencial en la dinámica de las causas, la producción y la reproducción de la tortura doméstica como fenómeno en la sociedad.

Entender la naturaleza política de la violencia masculina contra las mujeres en la esfera “privada” trae aparejadas varias implicaciones en los esfuerzos y luchas para eliminar la violencia de género. En términos de los instrumentos legales, las Convenciones Internacionales contra la Tortura debieran ser aplicadas para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género y a sus hijas e hijos testigos de dicha violencia, con implicancias jurídicas que varían desde cuestiones de imprescriptibilidad de ciertos delitos cometidos en estos contextos, hasta hacer que las víctimas califiquen para solicitar asilo político cuando el Estado muestra un patrón de fracaso en garantizar el derecho de la mujer y de sus hijas e hijos a una vida libre de violencia.

El principio de la “responsabilidad del Estado”, es decir la responsabilidad de los Estados ante la Comunidad Internacional por su fracaso en garantizar a tod@s sus ciudadan@s y habitantes de su territorio su integridad psico-física, de no ser torturad@s, es también de aplicación al sufrimiento de las mujeres y de sus hijas e hijos por la tortura infligida por sus parejas íntimas. Sin embargo, tal vez uno de los efectos más potentes de utilizar el término “tortura doméstica” es su capacidad de describir una brutal realidad de crueldad y tormento extremo que millones de mujeres y niñ@s experimentan a diario.

A pesar de su obvia prevalencia, que atraviesa todas las etnias, culturas, sistemas político-económicos y clases sociales alrededor del mundo, la tortura doméstica está naturalizada por la sociedad y negada por el Estado. Por lo tanto, emplear un término que denota brutalidad y es asociado al Estado puede contribuir a la toma de conciencia para l@s sobrevivientes de la tortura doméstica y colaborar en la visibilización de la gravedad de la violencia de género en la pareja, por parte de la comunidad en general.

¿POR QUÉ EL TÉRMINO “TORTURA DOMÉSTICA”?

Los académicos y las feministas no se ponen de acuerdo en el uso del término “tortura doméstica”. En 1878 la periodista inglesa Frances Power Cobbe publicó su artículo “Tortura a la Esposa en Inglaterra” (*Wife Torture in England*) en el cual utilizó ese título “*porque es mi deseo impresionar a mis lectores con el hecho de que el término familiar “violencia conyugal” sugiere una noción ni remotamente cercana a la crueldad existente, sino más bien a algo parecido a torturar animales en el curso de una serie de experimentos*”. (Power Cobe, 1878) Esa autora tuvo un impacto decisivo en la opinión pública y en la sanción de la Ley de Causas Matrimoniales de ese mismo año, a partir de la cual las esposas abusadas pudieron obtener órdenes de separación para mantener a sus esposos alejados de ellas. Cobbe apoyó su argumento con estadísticas de feminicidios y testimonios de crueldad extrema llevados a cabo por hombres en sus hogares.

Edward Peters, en su libro “Tortura”, se refiere al artículo de Cobbe peyorativamente, “... el título habla por si mismo. La palabra tortura fue fascinante y ambigua. Esta fue elegida astutamente y creó una perspectiva sobre el problema que debe haber focalizado una gran cantidad de atención, de otra forma difusa, sobre el aspecto central del problema uniéndolo a un término, que para finales del siglo XIX, era universalmente desaprobado, y por consiguiente, potencialmente efectivo en conectar lo que hasta entonces había sido una oposición dispersa. El término tortura fue adquiriendo su expansión semántica, como siempre, en una honorable e importante causa.” (Peters, 1985) En mi opinión, la ‘causa honorable e importante’ de eliminar la violencia masculina contra la mujer de la esfera privada incluye el

reconocimiento de que los procesos de violencia de género, también aquella perpetrada por el hombre dentro del hogar involucran actos de tortura. La tortura implica la utilización intencional de violencia contra una persona, y tiene una connotación política dado que el Estado puede ser, o es, ejecutor de los actos de tortura ya sea en forma activa a través de sus agentes o por alguna persona que sigue sus instrucciones, o en forma pasiva, al tolerarla. Peters minimizó la gravedad de la denuncia efectuada por Power Cobbe, e ignoró el recuento de estadísticas de feminicidios y de tortura a las esposas que ella publicó. Esa periodista clasificó la violencia doméstica de acuerdo al estado del proceso de violencia del que se tratara diciendo que: “... *el descubrimiento de lo que me llevó a tratar de llamar la atención pública de todo este tema, es esto –la violencia conyugal a través del tiempo se transforma y, en incontables casos, avanza hacia la tortura a la esposa, y la tortura a la esposa usualmente finaliza en la amputación de la esposa (amputación de partes de su cuerpo), ceguera de la esposa, o asesinato de la esposa*”. (Power Cobe, 1878).

En los años 1990, el activismo legal feminista y las investigaciones promovieron el concepto de violencia doméstica como tortura doméstica. Copelon (1995), y Beasley (1994) estudiaron el sistema internacional de derechos humanos en busca de posibles remedios legales a este fenómeno que entendieron como tortura. Sus artículos citan una y otra vez los testimonios de sobrevivientes de tortura doméstica que ilustran la dimensión del terror, el aislamiento y la brutalidad que sufren las mujeres, y hallaron en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y su interpretación, el concepto de Responsabilidad del Estado aún por los actos de particulares, cuando no ha tomado la debida diligencia para investigar y castigar los actos de tortura cometidos por los mismos.

TEORIZANDO LA TORTURA

Desde una perspectiva de género sobre la tortura, los casos de mujeres torturadas a lo largo de la historia están bien documentadas. La construida y socialmente impuesta dependencia legal, económica y social de las mujeres las ha hecho vulnerables y subordinadas a los varones. Esta se halla enraizada en la historia donde la mayoría de las sociedades antiguas otorgaron a los hombres el derecho a golpear y matar a sus esposas. Las religiones Cristiana, Judía y Musulmana han tolerado la violencia masculina contra la mujer hasta nuestros días, y en la Edad Media, la Santa Inquisición y la “caza de brujas” persiguió especialmente a aquellas mujeres que intentaron subvertir su posición subordinada en la sociedad o en la familia. Actualmente, la misoginia brutal de los fundamentalismos religiosos cuesta la vida de muchas mujeres y niñas alrededor del mundo.

Con mayor o menor grado de prevalencia, y con diferentes objetivos, la tortura ha sido aplicada en casi todos los países del mundo. Por ejemplo, existen testimonios de tortura recogidos por Amnistía Internacional sucedidos en Argentina, en los primeros años del siglo XX, en una Argentina democrática donde se torturaba obreros para proteger los intereses de las empresas extranjeras (Amnistía Internacional, 1973). La tortura también fue infligida por los Nazis durante la Segunda Guerra Mundial por razones políticas y racistas. Luego del Holocausto/Shoá y con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la práctica de la tortura por los agentes estatales se tornó más clandestina, sin perjuicio de excepciones como las del sistema iraní en los años 1990 (Crelinsten y Schmid, 1995). A pesar de estos cambios la tortura aplicada por los esposos o compañeros íntimos a

sus parejas mujeres es omnipresente y ampliamente practicada con impunidad.

VIOLENCIA DOMÉSTICA ENTENDIDA COMO TORTURA DOMÉSTICA

Andrea Dworkin (1997) cita el siguiente testimonio de una mujer golpeada y abusada por su pareja masculina luego de que éste consumiera pornografía:

“Me pegó con cinturones y con cables de electricidad. Me obligó a bajarme los pantalones”... “Me tocó y agarró donde no quería que me tocara”. También fue encerrada en roperos oscuros y en el sótano por largos períodos de tiempo.

Un testimonio similar de una mujer torturada por los militares argentinos en un centro clandestino de detención es mencionado por Nora Strejilevich (1997):

“La picana eléctrica en los dientes fue horrible ... un cordón delgado con pequeñas...bolitas, cada una de las cuales era un electrodo y cuando se encendían yo sentía como si se rompieran miles de vidrios. ... ellos los colocaron a lo largo de mi cuerpo, lastimándome... no podía gritar, ni llorar ni moverme. Estaba temblando ... Quería ver dónde me encontraba, me bajé la venda que tenía sobre mis ojos y esta es la primera vez que los abro. Estoy sentada aquí, en este lugar que es como un ropero.”

Una mujer maltratada, citada por María Cristina Vila (1996), le dijo a su psicóloga que:

Ella estaba con un embarazo de ocho meses en curso cuando una noche, luego de que las dos hijas se fueran a la cama, ella terminó de cocinar y de lavar el piso. Durante la cena su esposo tiró la comida en el piso y le hundió su cara allí. Luego de aquello, le ordenó que se parara al lado de su silla, le apuntó con un revólver y le ordenó que se mantuviera en esa posición hasta el día siguiente.

“... él me advirtió que si intentaba moverme, me mataría y también a las nenas”. La mujer se mantuvo parada hasta la mañana siguiente, cuando entró al baño, se lavó y llevó a sus hijas a la escuela.

Peters (1985) propone una visión sobre el “sufrimiento” y el “dolor” que describe como:

“una experiencia perceptiva cuya calidad e intensidad son influenciadas por la historia pasada y única de cada persona, por el significado que esta persona le da al sufrimiento y la situación que lo produce y por el “estado mental” que tenía en ese momento. ... los factores mencionados juegan un rol en determinar el patrón de impulsos nerviosos que ascenderán desde el cuerpo hacia el cerebro y viajarán dentro del mismo cerebro. En esta forma el sufrimiento se transforma en una función del individuo completo, incluyendo los pensamientos presentes y los miedos así como las esperanzas acerca del futuro”.

Por lo tanto, el dolor extremo sería un resultado de la tortura política o de la tortura familiar, presentando consecuencias en el cuerpo como en la psiquis de la mujer y de sus hijos e hijas. Judith Herman (1992) desarrolló el término *‘síndrome complejo de estrés postraumático’* para diagnosticar adecuadamente el impacto psicológico de la tortura en grupos de personas como las mujeres apaleadas por sus (ex) compañeros íntimos y las personas sobrevivientes de campos de concentración, de centros clandestinos de detención y prisioneras políticas. Römken (1989) y Vila (1996) emplean el término *“síndrome de estrés postraumático”* para identificar las

consecuencias psicológicas de la violencia íntima masculina en las mujeres. Los distintos acercamientos coinciden en que todas las mujeres que padecieron este tipo de violencia tienen en común “una experiencia de mucho terror y miedo por sus vidas, que es fuera de lo normal para la mayoría de l@s seres human@s”. Siguiendo en esta línea de pensamiento, sugiero que la mayor distinción entre la tortura política y la violencia contra la mujer en la pareja es **la relación de intimidad con su perpetrador, la duración de y la repetición del abuso a lo largo del tiempo.**

PARALELOS POLÍTICOS

Existe un tipo de violencia política llamada “**toma de rehenes**”, más conocida por el paradójico impacto psicológico que produce en sus víctimas “**Síndrome de Estocolmo**”, que presenta parecidos con la violencia masculina contra la mujer en la pareja, incluyendo sus vínculos de intimidad. Sin embargo, en la primera situación esos vínculos de intimidad son consecuencia del haber estado muy cerca de su secuestrador y por largos períodos de tiempo; en tanto que dentro del matrimonio una mujer ha elegido esa relación de intimidad con el hombre que luego la maltrata. En ambas circunstancias están presentes **la violencia (incluyendo la amenaza de muerte), la relación íntima, la cautividad y el aislamiento.** Para l@s rehenes la mera situación de encarcelamiento opera su aislamiento, en tanto que para las mujeres víctimas de violencia masculina en la pareja su situación de cautividad es el resultado tanto de las acciones y amenazas de sus agresores como de la no-intervención-tolerancia de la sociedad y del Estado. El concepto legal y social de “privacidad” garantiza a los esposos y varones convivientes la licencia para aislar a sus compañeras de toda forma de asistencia. Graham et. al. (1990) analizaron el Síndrome de Estocolmo para comprender las respuestas psicológicas paradójicas que desarrollan l@s rehenes hacia sus captores, y hallaron que cuando un secuestrador es amable de alguna manera, sin perjuicio de amenazar a la persona con asesinarla, l@s rehenes pueden desarrollar cierto cariño hacia esa persona y antipatía hacia las autoridades que trabajan por rescatarles. Es@s investigador@s sostienen que este modelo muestra cómo las características psicológicas observadas en las mujeres maltratadas se asemejan a aquellas presentes en l@s rehenes; sugieren que **son el resultado de haber estado en una relación de intimidad donde su vida ha estado en peligro**, y donde la violencia ha sido intercalada por períodos de no violencia, o amabilidad. Aún más, en ambos casos el extremo desequilibrio de poder que se observa entre un (ex) esposo o compañero íntimo abusivo y su compañera íntima, y entre el captor y su rehén, pueden llevar a una fuerte vinculación emocional. Dichos autores sintetizan las condiciones que pueden dar lugar al desarrollo del Síndrome de Estocolmo, de la siguiente manera:

- (1) una persona que amenaza con asesinar a otra es percibida por la persona amenazada con la capacidad para hacerlo;
- (2) la otra persona no puede escapar, por consiguiente, su vida depende de la persona que le está amenazando;
- (3) la persona está aislada de otras personas y por ello, la única perspectiva disponible para ella es la de la persona que le está amenazando;
- y
- (4) la persona amenazante es percibida, también, como mostrando cierto grado de amabilidad hacia la persona amenazada.

Sin perjuicio de estos puntos en común entre la situación de rehén y la de violencia contra la mujer en la pareja, existen también diferencias. Una

de estas es el sexo del captor y de la persona rehén, que usualmente son ambos varones. En una relación íntima violenta, la mujer es “transformada” en la rehén de su compañero (o ex) compañero. La otra diferencia es la relación entre víctima-victimario, que mencionamos más arriba y además, la duración de los tormentos que en el caso de una mujer víctima de violencia de género puede durar por varios años, mientras que para la persona rehén, habitualmente será, como mucho, una cuestión de meses. Estas últimas desarrollan lazos emocionales con sus captores “durante” la cautividad, mientras que las mujeres mencionadas se unieron afectivamente a sus agresores antes que la violencia comenzara. Otra diferencia, que habla de mayor gravedad en este tipo de violencia en la esfera privada es el impacto que la misma tiene en la intimidad de las víctimas. De acuerdo a Finkelhor e Yllö (1985), *“los resultados indican que la violación de un marido es vivida por la mujer como más gravosa que la violación infligida por un extraño porque la mujer comenzará a dudar de su juicio para elegir un compañero íntimo, debe seguir viviendo con su violador, y se siente incapaz de hablar con otras personas acerca de las violaciones sufridas y de pedir ayuda”*. Por lo tanto, parece posible esperar que las mujeres mantenidas en situación de “toma de rehenes” no experimentarán el mismo tipo de impacto en sus relaciones de intimidad y en su vida íntima futura, como si sucede con las mujeres en situación de violencia de género. Asimismo, una vez que son rescatadas las víctimas de toma de rehenes, dejan de “vivir” en cercanía con sus captores y el infierno vivido durante la cautividad, pasa a ser, con el paso del tiempo, un recuerdo del pasado. Gramham et. al. (1990) señalan otra diferencia, valiosísima para la prevención de la violencia de género: **el interés de la sociedad por la vida de las personas rehenes y el involucramiento de las autoridades en negociar su libertad**. En el caso de la violencia masculina contra la mujer en la pareja, es la misma “cautiva” quien tiene que negociar con su agresor su vida y su seguridad. La falta de interés de la sociedad por lo que le suceda a las mujeres inmersas en procesos de violencia de género también se relaciona con el aislamiento social al que quedan sometidas por sus agresores. En las situaciones de toma de rehenes, ese aislamiento es claro en términos físicos y geográficos para la sociedad, los captores y l@s rehenes. L@s rehenes son secuestrad@s por una persona que amenaza con asesinarles si no obtiene algo que pide a cambio de dejarles con vida y libres. El captor clarifica todo el escenario, la agresión y la amenaza para la vida de l@s rehenes, y lo que pide a cambio de dejarles en libertad. Por el contrario, en el caso de una mujer dentro de un proceso de violencia de género donde su vida está siendo amenazada, los propósitos de su aislamiento social y familiar no son establecidos claramente por su agresor. La mayoría de las veces ella misma refuerza su aislamiento para evitar el castigo que su compañero le propinará en caso de contactarse con otras personas. Por ejemplo, cuando su compañero dice que no le gusta que sus familiares o amistades la visiten, o le objeta que trabaje fuera del hogar, él no necesita explicitarlo, pero la castigará si ella no ha entendido las sutilezas y no cumple con sus deseos. El agresor no declara abiertamente que su objetivo es someter a su compañera. Por lo general, el hombre abusador es violento en privado, donde no tiene testigo@s extern@s, y mantiene una imagen de amabilidad y bondad con el exterior.

La mujer maltratada es cautiva en su hogar. Este es el lugar entendido social, familiar, religiosa y políticamente como un “lugar seguro”, un espacio privado donde nadie tiene el derecho de intervenir. La articulación del principio de “privacidad” y la habitual aplicación sexista de la ley, en la mayoría de estos casos niega protección efectiva a sus ciudadanas mujeres y hace posible la cautividad de la mujer que sufre violencia de género.

Adicionalmente, algunos aspectos materiales de la dependencia económica y social de las mujeres en esta situación respecto de sus parejas varones, tales como falta de suficientes refugios, subsidios específicos y programas de integración laboral, también ayudan a mantener “prisioneras” a las mujeres que sufren violencia masculina en la pareja.

VIOLENCIA PÚBLICA VERSUS VIOLENCIA PRIVADA

Sin perjuicio de las diferencias mencionadas existe abrumadora evidencia de las similitudes entre la violencia perpetrada sobre mujeres en la pareja y las técnicas de tortura utilizadas en violencia política. De acuerdo a Judith Herman (1992) la violación sexual cometida por soldados u otros oficiales estatales no es necesariamente más devastadora que la violación sexual infligida por un conocido o un compañero íntimo. En realidad, como mencionan Finkelhor e Yllö (1985) a quienes cité más arriba, la violencia infligida por una pareja íntima es potencialmente más destructora en el plano psicológico que aquella ejercida sobre una mujer por un extraño. Algunas sobrevivientes argentinas tanto de tortura política durante la dictadura militar, como de tortura en el hogar me expresaron sus sentimientos de esta forma:

“Yo fui torturada por los militares, y luego mi marido me golpeó muchas veces. Puedo asegurarte que los golpes de mi marido fueron peores que la ‘picana’ de los militares. Yo elegí a mi marido y lo amaba. Los milicos eran unos hijos de puta, mis enemigos, pero mi marido no. Fue más humillante que me golpeará él que ser picaneada”.

En este testimonio **la confianza** construida en una relación amorosa fue traicionada por el marido de la mujer entrevistada, mientras que el Estado que la torturó era un extraño sin vínculo emocional con ella. Es precisamente en esta violación de la confianza por el compañero íntimo abusivo que lleva a la mujer a sufrir un inmenso dolor psicológico, y hace que tanto la “tortura” como el “maltrato” sean similares sin importar el nivel de violencia física sufrido y tipos de técnicas empleadas por el torturador o el compañero agresor.

Otro testimonio de una mujer que fue guerrillera en los años 70, relata su experiencia de tortura por los militares argentinos y también, por los militares peruanos, como consecuencia del Plan Cóndor.

“La violación fue la peor tortura para mí. La picana no fue tan devastadora como la violación. Sin embargo, cuando recuerdo, me siento furiosa con los militares peruanos que me violaron en grupo durante dos semanas, no así con los militares argentinos ... [porque] como guerrillera yo sabía que si mi enemigo me capturaba, ellos intentarían eliminarme. Pero yo no era enemiga de los militares peruanos. Ni siquiera conocía su política.” (El resaltado me pertenece).

En este testimonio, el haber sido violada “**por ser mujer**” y “no por ser una enemiga política” causó en esta valiente mujer mayor rabia.

Edward Peters (1985) provee algunas descripciones de métodos de tortura a finales del siglo XX, y entre ellos se incluyen los tipos de abuso más comunes en situaciones de violencia de género en la pareja. Ese autor clasifica los métodos de tortura en: somática, psicológica, y farmacéutica. Entre estos métodos se pueden identificar aquellos mencionados por las entrevistadas y que cité más arriba:

“... la tortura somática incluye golpear: empujar, patear, golpear con palos, heridas por balas de rifle, saltar sobre el estómago ... Electricidad: pasar electricidad con electrodos (picana eléctrica); bastones de shock,

entre otros. Obligar a estar en posiciones corporales dolorosas por tiempo prolongado. Obligar a estar parada por tiempo extenso. Tracción de alopecia: arrancar cabellos. Violación y asaltos sexuales. Forzar a consumir comida en descomposición o deliberadamente muy picante... [la tortura psicológica incluye] presenciar sesiones de torturas sobre otras personas: familiares, niñ@s. Amenazas de ser obligada a presenciar la tortura de otras personas. Simulación de fusilamiento. De privación del sueño. Confinamiento a solas y amenazas...”

Además de estas, existen otras similitudes en la tortura en las esferas privada y pública. La persistencia de la práctica de la tortura a lo largo de los años y a través de las naciones, a pesar de las convenciones internacionales que las prohíben, es similar al fenómeno de la tortura a la esposa. En ambos casos, la mayoría de las veces, quienes perpetran estos tormentos quedan impunes.

Está reconocido internacionalmente que la violencia masculina contra la mujer en el hogar es una manifestación del desequilibrio de poder entre hombres y mujeres en esa esfera y en la sociedad toda (UN, Plataforma de Beijing, 1995). Con el empleo de violencia, o la amenaza de utilizar violencia física sobre una mujer, o sobre una persona querida para ella, el agresor busca controlar la voluntad de esta, su cuerpo, su movilidad, su sexualidad y sus bienes. De acuerdo a Crelinsten y Schmid (1995), la tortura (en violencia política) busca paralizar al enemigo políticamente y por consiguiente, controlar su voluntad. Darius Rejali (1994) propone comparar la tortura (en ese tipo de situaciones) con aquella que sucede en los hogares, los hospitales, las escuelas o fábricas para poder comprender mejor el castigo ejecutado por el Estado.

DEFINIENDO LA TORTURA

Los instrumentos de derecho internacional establecen que la tortura comprende la violencia realizada o tolerada por la autoridad pública. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1985, en su Artículo 2º establece:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por **tortura** todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

(Convención Americana Tortura: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>)

Aún más, cuando presenté inicialmente esta propuesta de identificar la Violencia de Género como Tortura en el año 1999, no existía la que en el año 2001 vino a ser la Declaración de Amnistía Internacional sobre este tema, y que dice:

Amnistía Internacional considera que la violencia contra la mujer en el hogar o en la comunidad constituyen tortura por la cual el Estado es

responsable y debe rendir cuentas, cuando:

- a) Son de la naturaleza y severidad prevista en el concepto de tortura en los criterios internacionales y,
- b) El Estado no ha cumplido con su obligación de proveer protección efectiva.

(Amnesty International, 2001).

Como señalé más arriba, vari@s autor@s resaltan las similitudes entre violencia de género en el dominio público –específicamente en el contexto de guerras o terrorismo de Estado- y la violencia de género en el hogar. Sin embargo, en las situaciones de Guerra o terrorismo estatal, el Estado aparece involucrado directamente en la producción y reproducción de violencia, y aún más, legitima la violencia militar. Sin embargo, en el caso de la violencia de género en el hogar, muchos Estados niegan su existencia o minimizan su gravedad y las consecuencias que ésta acarrea para las mujeres y sus hij@s testig@s de esa violencia, aparecen inmutables a los pedidos de asistencia efectuados por las mujeres maltratadas. Algunos Estados, inclusive, cuando sancionan leyes para proteger a las mujeres contra la violencia masculina en el hogar cumpliendo así con las obligaciones que asumieron internacionalmente, no establecen sanciones ni castigos para el perpetrador de dicha violencia. Resulta un espectáculo ridículo imaginar a la única institución con el poder de castigar y sancionar las conductas de l@s ciudadan@s omitiendo aplicar ese poder cuando se trata de castigar hombres agresores y proteger a sus parejas mujeres.

La mayoría de las naciones tienen hombres ocupando altos cargos en las instituciones del Estado tales como el poder judicial y la policía, instituciones encargadas de investigar y castigar los delitos, y en la mayoría de los países, estas instituciones fracasan en su cometido cuando se trata de los agresores “particulares” de mujeres “particulares”, un ejemplo de ello es el incremento de las cifras de feminicidio a nivel mundial. Esta situación podría ser vista como un tipo de conspiración patriarcal donde la hegemonía masculina protege a los hombres, como clase, y no castiga sus delitos cuando estos van dirigidos a sus parejas mujeres. ¿Cómo puede explicarse, de lo contrario, el patrón de comportamiento estatal a la luz de las convenciones internacionales de derechos humanos que han firmado y ratificado? Los Estados tienen la obligación, nacional e internacional de proteger a sus ciudadanas mujeres, y a toda mujer que habite sus territorios, de garantizarles el goce y disfrute de su vida, de su integridad psico-física y sexual tanto en la esfera pública como en la esfera privada, y tienen también la obligación de investigar los delitos contra ellas y castigar a los delincuentes. Empero, la prevalencia de la violencia contra la mujer revela el carácter político de la violencia masculina contra la mujer en las relaciones de intimidad. Es esta dimensión política la que me lleva a considerar al Estado como un factor determinante en la producción y reproducción de la violencia de género en el hogar, y en la sociedad en general. En términos legales, el fracaso constante del Estado en proteger a las mujeres de la violencia masculina en el hogar constituye “responsabilidad del Estado”².

63 —

UNA DEFINICIÓN POLÍTICA PARA UN PROBLEMA POLÍTICO

Mi experiencia en el ejercicio de la profesión de abogada nutrió el abordaje de este artículo. La inclusión del Estado, la idea de responsabilidad, la necesidad de la intervención del Estado para proteger los derechos de las habitantes de su territorio a la vida, la integridad psico-física y a vivir una vida libre de violencia, junto con la obligación de castigar la violencia en la

pareja entre otros tipos de violencia de género en la sociedad- forman parte de un intento jurídico de comprender las causas de, y las soluciones a, la tortura doméstica. Esta perspectiva sostiene que el fenómeno de la tortura a la mujer es un tema político, el cual requiere un abordaje político para su solución.

En la forma propuesta hasta aquí, el Estado es un elemento activo o pasivo en la producción y reproducción de la violencia de género en el hogar, a pesar de tener la obligación positiva de investigar, castigar y prevenir la violencia contra la mujer, que deriva del derecho internacional y del derecho internacional de derechos humanos sobre mujeres y sobre tortura. Estudios cross-culturales han demostrado que la violencia contra la mujer en el hogar es evitable (Levinson, 1990). Aspectos tales como la intervención comunitaria inmediata para frenar a los agresores, la educación, y la deslegitimación de creencias culturales que devalúan las vidas de las mujeres son elementos que deben ser tenidos en cuenta al diseñar políticas públicas y sociales en este tema. Y probablemente, más importante que ello, es contar con la voluntad política de mejorar la vida de las mujeres, siendo conscientes que con ello, se mejorará la vida de toda la sociedad.

REFERENCIAS

- Amnesty International** (2001) Freedom From Terror, Safety From Harm. AI Index: ACT76/005/2001.
- Amnesty International** (1973) Report on Torture. Londres: Duckworth junto con Amnistía Internacional.
- Beasley, M. E., y Thomas, D.** (1994) *Domestic Violence as a Human Rights Issue*. En: Finemann, M. y Mykitiuk, R. (eds) *The Public Nature of Private Violence*. Londres, Nueva York: Routledge.
- Convención Interamericana sobre la Tortura** (1985) <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Copelon, R.** (1995) *Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture*. En: Cook, R. (ed) *Human Rights of Women: National and International Perspectives*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Crelinsten, R. y Schmid, A.** (1995) *The Politics of Pain: Torturers and their Masters*. Boulder y Londres: Westview Press.
- Dworkin, A.** (1997) *Life and Death*. Nueva York: Virago Press.
- Herman, J.** (1992) *Trauma and Recovery: The Aftermath of Violence –From Domestic Abuse to Political Terror*. Londres: Pandora, Harper Collins Publisher.
- Fascio Montejo, A.** (1992) “Cuando el Género Suena Cambio Trae”. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. S. J. de Costa Rica: Proyecto Mujer y Justicia Penal. Ilamud.
- Finkelhor, D. y Yllö, K.** (1985) *License for Rape: Sexual Abuse of Wives*. Nueva York: Free Press, Macmillan.
- Graham, D. L. R.; Rawlings, E., y Rimini, N.** (1990) *Survivors of Terror: Battered Women, Hostages and the Stockholm Syndrome*. En: Yllö, K. y Bograd, M. (eds), *Feminist Perspectives on Wife Abuse*. Newbury Park, Londres: Sage.
- Levinson, D.** (1989) *Family Violence in Cross-Cultural Perspective*. Newbury Park. Londres. Nueva Delhi: Sage.
- Peters, E.** (1985) *Torture*. Nueva York, Oxford: Basil Blackwell Ltd.
- Power Cobbe, F.** (1878) *Wife Torture in England*. Publicado por primera vez en *Contemporary Review*, 1878.

- Rejali, D.** (1994) *Torture and Modernity: Self, Society and the State in Modern Iran*. Boulder y Oxford: Westview Press.
- Römken, R.** (1989) *Post Traumatic Stress Síndrome in Battered Women*. En: *On Love and Violence*. Ámsterdam: Stichting Moon.
- Strejilevich, N.** (1997) *Una Sola Muerte Numerosa*. Miami: Universidad de Miami.
- Vila, M.C.** (1996) *Aspectos Psicológicos de la Problemática y Consecuencias para la Salud de la Mujer*. En: APDH (comp) *Violencia Familiar, Mujer Golpeada II*, Buenos Aires: APDH.

Notas:

¹ Este artículo reproduce en partes, un artículo publicado por la Dra. Claudia Hasanbegovic, en inglés, en la revista *Trouble and Strife* No. 39, Londres, en 1999, bajo el título "Cruel but not unusual".

² A modo de ejemplo, en el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA condenó al Estado de Brasil por "responsabilidad estatal" al haber fracasado en investigar, castigar y sancionar a un ex compañero íntimo que había intentado asesinar a su pareja mujer en dos oportunidades habiéndola dejado parapléjica. Luego de 18 años del hecho, y con sentencia firme, el asesino continuaba sin cumplir condena. Ver Caso 12.051, Informe N° 54/01 *María da Penha Maia Fernandes vs. Estado de Brasil*, www.cidh.oas.org/women/Brasil/12.051.htm



LA JUSTICIA EN EL ESPACIO PÚBLICO

POR KEVIN LEHMANN: SOCIÓLOGO (UNIV. COMPLUTENSE, MADRID). LICENCIADO EN CIENCIAS POLÍTICAS (UNIV. COMPLUTENSE, MADRID). MASTER EN GESTIÓN DE LA COMUNICACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES (UNIVERSIDAD AUSTRAL). POSGRADUADO EN OPINIÓN PÚBLICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN (FLACSO-INAP). POSGRADUADO EN CONTROL Y GESTIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS (FLACSO-INAP). PROFESOR TITULAR DE PODER Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN, (UNIVERSIDAD DEL SALVADOR). PROFESOR ADJUNTO DE SOCIOLOGÍA EN LA FADU (UBA). PROFESOR ADJUNTO DE INTRODUCCIÓN A LAS RR.II., EN LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS (UNIVERSIDAD DEL SALVADOR). FUE DIRECTOR DE LA AGENCIA DE NOTICIAS TELAM. ACTUALMENTE ES VOCERO DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE LA MAGISTRATURA. ES CONSULTOR DEL BID Y DEL BANCO MUNDIAL.



1. EL MARCO

La idea de titular este artículo “La Justicia en el espacio público” responde a la necesidad de tomar posición desde el primer momento acerca de cuál es la entidad y cuáles son los límites de la cuestión que va a abordarse a continuación.

Digamos, para empezar mostrando las cartas, que entiendo que cuando se proponen debates con títulos como “Justicia y medios de comunicación”, “Prensa y Justicia”, etc. se parte de un recorte temático que condiciona el abordaje, define una arena de discusión y determina el sentido -sino los contenidos- de las conclusiones... que terminan siendo bastante similares entre sí: la necesidad de contar con un vocero u oficina de prensa que facilite la relación con el periodismo; que aquello de que “los jueces hablan por sus sentencias” esta perimido, etc.

Mi planteo es que la relación entre la justicia y los medios periodísticos es *parte* de una cuestión -la imagen del Poder Judicial- cuya definición última reside en otro lugar; y que requiere de herramientas conceptuales y de la aplicación de una lógica *distinta* a las del periodismo y la justicia.

Los intentos por resolver los problemas de la imagen pública de la justicia enmarcándolos exclusivamente en las instancias de su relación con los medios, demoran la discusión de fondo y encubren la existencia de otros actores que participan de la construcción de esa imagen.

2. LOS DESAFÍOS DE LA COMUNICACIÓN

Trabajo desde hace tres años en distintas áreas de comunicación vinculadas con la justicia de la provincia de Buenos Aires. En este tiempo me encontré con muy pocos problemas cuya solución radicara simplemente en que se conozca el contenido de las sentencias (de hecho, en la mayoría de los casos, la controversia pública estalló en instancias muy anteriores al fallo).

Los cuestionamientos más fuertes estuvieron dirigidos a fiscales y jueces y a la llamada “*corporación judicial*”. Casi todos los ataques se propusieron presentarlos como “insensibles”, “negligentes” y “alejados de la realidad de los ciudadanos”. En la mayoría de los casos resonantes, antes o después,

representantes del poder político tomaron partido...en contra del funcionario o magistrado.

Muchas de las controversias públicas que enfrenta la justicia ni siquiera tienen que ver con decisiones puntuales (sentencias, investigaciones, excarcelaciones, etc.) adoptadas en el devenir de una causa. En 2004 un ministro del gobierno de la provincia de Buenos Aires cargó contra los jueces de menores en su conjunto (y promovió un jury a doce de ellos) para defender la necesidad de modificar una norma; a mediados de 2006 otro ministro descalificó a los tribunales de Familia, como parte de su estrategia de promoción de dos nuevos planes adoptados por su cartera. Hay decenas de ejemplos equivalentes.

Temas como el aborto y los menores en conflicto con la ley penal enfrentan inmediatamente a la justicia con la opinión ONG's y distintos sectores de la sociedad civil, sea que se falle en un sentido o el otro, indistintamente.

El área de comunicación -o, en su caso, el vocero- hace (o debe hacer) algo más que transmitir la palabra de los jueces y funcionarios.

Para poder comunicar debe lograr, por lo menos, dos cosas: fortalecer (en términos de legitimidad) la palabra de la justicia, es decir su imagen, su credibilidad y, por lo tanto, su capacidad de influir en la esfera pública; y conseguir que el mensaje llegue y sea entendido sin excesivas distorsiones por los ciudadanos¹.

3. LA JUSTICIA, EL ESPACIO PÚBLICO Y EL PERIODISMO

Existen varios factores que inciden en los problemas de comunicación de la justicia. Algunos son estructurales: la lógica judicial, el modo de producción, los tiempos, el lenguaje², la codificación; otros responden a una estrategia comunicacional inadecuada que -me permito suponer- subsiste en buena medida por errores de diagnóstico.

La justicia opera desde una lógica racional y tiende a actuar a partir de elementos lo más objetivos posibles (pruebas). Mientras más objetivo y más racional, mejor. En su relación con el periodismo, la justicia exige esa objetividad³ y opera desde su visión de la racionalidad que supone algo así como que *la verdad es transparente y, conociéndola, se estará de acuerdo con ella*.

Sin embargo, los procesos de interpretación están atravesados por otros elementos (afectivos, cognitivos) *que pueden quitarle verosimilitud a la verdad*.

En cine dicen que recurren a la lluvia artificial porque el efecto en pantalla de la lluvia verdadera la hace parecer artificial. **En ese sentido, es verdad lo que aparece como verdadero: eso opera como verdad y tiene efectos de verdad.** Desentenderse de los procesos que convierten *lo verdadero en verdad* para los ciudadanos (insistiendo en el lenguaje objetivo y sin adjetivaciones de sus voceros) genera problemas de credibilidad. Una cosa es decir la verdad y otra que le crean. Insisto sobre este punto, renunciando a la elegancia: si en la cabeza de los ciudadanos es verdad, es verdad; sino, no.

El desafío de comunicar es lograr que la *verdad* llegue como *verdad* (es decir que mi mensaje, mi versión, sea aceptada). Dos cosas: que llegue; y que llegue como verdad.

a) Que llegue: si no hay expectativa -interés por saber- no hay

comunicación. Si no se es capaz de colocar el mensaje en el área de interés del ciudadano distraído, ocupado, lego en temas jurídicos, y preocupado por otras cosas, no se comunicó. En el caso de que el mensaje esté dirigido a un público específico, varían las características del receptor, no la condición de que si no escucha la comunicación no existe.

b) Que llegue como verdad: quien comunica debe ser creíble y el mensaje debe tener elementos que lo conviertan en verosímil.

Los tres elementos señalados – la gestión de las expectativas ciudadanas, la imagen del comunicador y los elementos de acreditación del mensaje⁴- son exteriores a, por ejemplo, el contenido de las sentencias. No pertenecen a la esfera técnica del Derecho; tampoco, en sentido estricto, a la del periodismo. Se tramitan en el espacio público, con reglas propias que demandan un abordaje técnico, un saber específico.

La gestión de las *esperas sociales* o expectativas ciudadanas, es un tema central en la gestión de los asuntos públicos, y una tarea ineludible para cualquier organización, agente o institución que deba responder ante a sociedad por su desempeño.

La justicia padece de un desajuste estructural entre lo que los ciudadanos esperan y reclaman y lo que efectivamente, puede lograr.

Recurro a la caricatura para desplegar la cuestión. Imaginemos que un ciudadano se acerque al hospital público, se entreviste con un médico y le haga el siguiente planteo: “sufro de una enfermedad incurable; este es un hospital que se sostiene con mis impuestos y usted recibe su salario porque yo cumplo con mis obligaciones, por lo tanto –ya que ustedes son los encargados de velar por la salud pública- *exijo que se me provea de la cuota parte de salud que me corresponde, quiero que mi enfermedad desaparezca*”.

Lo que no sucede con la salud, sí ocurre con la justicia: no siempre se puede proveer de salud, ni siempre se puede proveer de justicia, pero **los ciudadanos tienen una expectativa mucho más ajustada y realista respecto de lo que es *legítimo* esperar de la salud que lo que es *legítimo* esperar de la justicia.**

Mientras ese desajuste permanezca, cualquier explicación proveniente de los magistrados y funcionarios acerca de sus decisiones, solamente acarreará frustración, reclamos airados y las imputaciones de insensibilidad, negligencia, etc. que se repiten en los medios periodísticos.

Parte de esa distorsión proviene de la confusión acerca de qué estructuras dependen del Poder Judicial y cuales no; cuales son los límites que enmarcan ese espacio de decisión de la justicia, etc.

Mientras menos conozcan los ciudadanos, mayor será el nivel de *demanda salvaje*. Aquí aparecen los medios de prensa. En algunos casos modelando esa demanda –ajustando las expectativas- y en otros fomentándola. Algo similar puede decirse del poder político.

Ajustar las expectativas y discutir el abordaje de los temas son dos tareas que el vocero debe llevar adelante y que lo enfrenta con los periodistas. Quiero enfatizar este punto porque cada vez que me toca intervenir en un tema controversial resulta decisivo: en general los periodistas piden información y *nuestra versión* respecto de la noticia. **Muchas veces, aceptar estos pedidos tal como fueron formulados implica ingresar en un escenario de pura pérdida.** Como en aquella pregunta canónica *¿usted sigue pegándole a su madre?*, responder sin modificar el encuadre implica reconocerse en falta.

Es sumamente complicado discutir el enmarque de una nota periodística. Es tan fuerte el peso simbólico de los medios que muchas veces cuesta convencer, no solamente a los periodistas, sino a los propios magistrados o funcionarios de que no siempre son legítimos (o realistas o aceptables) determinados abordajes periodísticos y ciertas expectativas ciudadanas.

De lo que se deriva que no se trata –solamente- de facilitar el acceso a la información (para lo que bastaría con mostrar el expediente y aclarar las cuestiones técnicas) sino de **proteger la calidad de esa información**: determinar que elementos relevantes no deben quedar fuera de una nota, qué canales periodísticos asegurarán la transferencia de esa información, de qué manera se garantizan los máximos niveles de control posible respecto de los efectos deseados con esa información, en qué contexto será publicada, etc.

Es, a mi juicio, precisamente ahí donde radica el error de diagnóstico: la justicia no puede ni debe ser solamente un proveedor de *materia prima informativa en crudo*, para que sea *tratada* por la prensa y los demás actores de la escena pública. El derecho de acceder a la información no significa ni resignar el derecho a discutir la interpretación pública de esa información, ni que eso deba hacerse de manera reactiva, *después de que ha sido publicada*. Hacerlo implicaría subordinarse a la lógica y los intereses (legítimos) del periodismo. Pero eso no *mejora* la comunicación ni, mucho menos, la imagen de la justicia.

4. RESUMIENDO:

1- La imagen pública de la justicia no depende únicamente de que los ciudadanos conozcan y entiendan claramente los fundamentos de las sentencias. Suponer que es la verdad lo que se dirime en la escena pública y que explicando y enseñando, la razonabilidad se impondrá, y, con ella, existirá una mirada más ajustada y benigna sobre el desempeño del Poder Judicial, no es –lamentablemente- ni suficiente ni completamente cierto.

2- Si la imagen de las personas e instituciones dependiese de lo fluido de su trato con el periodismo, los políticos gozarían de excelente imagen pública.

3- Los intereses y las intencionalidades existen y operan en el espacio público.

4- La verdad existe. Las interpretaciones, también. La justicia opera sobre los hechos; sus responsables de comunicación, sobre las interpretaciones

5- La justicia tiene que desempeñar un rol activo –no reactivo- en el espacio público.

6- La justicia no tiene un problema de comunicación con el periodismo sino con los ciudadanos.

5. CONCLUSIÓN:

Estoy convencido de que el área de comunicación tiene –además de la tarea de facilitar el acceso a la información– la obligación proteger la imagen de la justicia y mejorar su capacidad de influir en el espacio público.

Solamente si se tiene la capacidad de influir en el espacio público mediático puede llevarse adelante una defensa efectiva de funcionarios y magistrados frente a quien se sienta con derecho a descalificarlos o presionarlos a través de los medios de comunicación; y, por otra parte, disminuir la actual asimetría de poder frente a los otros dos poderes del Estado, de modo de participar con mayor eficacia en las decisiones que la afectan directamente (legislación, infraestructura, presupuesto, etc.).

Definir la estrategia de comunicación más adecuada para el Poder Judicial requiere de un trabajo de largo plazo, interdisciplinario (que no significa, únicamente, periodistas + jueces). Es un área de la comunicación muy compleja, con –por el momento– bajos niveles de definición.

Cuanto más experiencias empíricas conozco, mayor es mi convicción de que recién se están dando los primeros pasos y que lo peor que puede hacerse en estas instancias es reemplazar las dudas por certezas. Hace falta más trabajo, más serio, durante más tiempo.

Notas:

¹ Durante todo este artículo se hace referencia exclusivamente a la comunicación externa. *La comunicación interna y otros aspectos del trabajo sobre la imagen de la justicia (relaciones públicas, identidad organizacional, etc.) no responden a los fines del presente trabajo.*

² “El derecho ha desarrollado un lenguaje formal o hiperformal, usado siempre con propiedad, con significados denotativos, es decir con significados que quedan fijados de modo permanente y que no cambian con los contextos ni con las personas. En cambio, el otro extremo en el uso del lenguaje es la prensa. La necesidad de no especializarse en nada y tener que explicar y divulgar al público lego acontecimientos que sólo pueden entender bien los expertos, hace que la prensa o quienes aparecen en ella, utilicen términos de un modo coloquial y no técnico”. Elizalde, Luciano. Escenario público y complejidad. FC-AU, CONICET.

³ “...el periodismo debe informar la verdad objetivamente, y que pueden criticar los fallos de los jueces siempre que lo hagan con objeciones fundadas”. “El periodista también debe velar porque el sistema democrático funcione y se respeten las reglas pacíficas de convivencia. La prensa debe detenerse en las cuestiones negativas pero también en las positivas, para transmitir a la sociedad el real funcionamiento de la Justicia. No se debe aturdir a la sociedad destrozando los sentimientos morales de las personas, para ello es necesario un diálogo permanente entre Prensa y Justicia”. Extracto de algunas conclusiones de los grupos de trabajo. Taller “Justicia y Sociedad: Estrategias de Comunicación” Para Jueces de Cortes y Superiores Tribunales, comunicadores y Ong’s. Luján, Marzo 9 de 2006.

⁴ Me apresuro a introducir dos aclaraciones: a) “la imagen del comunicador” refiere al funcionario, magistrado o, aún, a la justicia, que son quienes comunican -a través de su vocero, si es el caso- y a quienes se les atribuye un cierto nivel de credibilidad; b) “los elementos de acreditación del mensaje” no aluden a las virtudes dramáticas, retóricas u oratorias ni del vocero, ni de los jueces: estas son características del comunicador. Otros factores cuya explicitación excede los fines de este artículo – asociados a los procesos de

identificación, familiaridad, etc. (que se derivan de los esquemas cognitivos de referencia)-, deben ser incorporados a los mensajes para cargarlos de credibilidad (sin que esto implique manipular la verdad ni distorsionarla).



LA CORTE SUPREMA Y LA AUTONOMÍA PRESUPUESTARIA DEL PODER JUDICIAL.

POR MARÍA GABRIELA ÁBALOS: DOCTORA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES POR LA UNIVERSIDAD DE MENDOZA. PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL EN LAS FACULTADES DE DERECHO DE LAS UNIVERSIDADES DE MENDOZA Y NACIONAL DE CUYO. DIRECTORA DEL INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS. SECRETARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. JUEZ DEL TERCER TRIBUNAL TRIBUTARIO DE MENDOZA.



I. La Constitución Argentina asigna al Poder Judicial la calidad del poder estatal independiente, con una organización especializada y competencia exclusiva y excluyente para la defensa de la Constitución revistiendo dentro de esos cánones, idéntica jerarquía institucional que los otros poderes.

En función de este principio de especialización resulta como una nota típica la independencia del Poder Judicial que se expresa básicamente en dos modos: la orgánica institucional, objetiva, relativa al órgano judicial como poder que se mantiene independiente (separado) frente a los otros poderes del gobierno, y la orgánica funcional, subjetiva, personal, que evoca la independencia del juez en el caso concreto.

Dicha independencia no es absoluta ya que reclama la sujeción del juez al principio de legalidad, lo que supone una dependencia orgánico – funcional, como asimismo la existencia de ciertos controles de los otros poderes sobre el Poder Judicial determinando la dependencia orgánico institucional. En relación con este último aspecto aparece la denominada autonomía presupuestaria de este poder, y supone el análisis de la interacción con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo por un lado, y la intervención del Consejo de la Magistratura por otro, en torno a los aspectos económicos financieros del Poder Judicial.

En los últimos años nuestra Corte Suprema de Justicia nacional ha manifestado una decidida posición favorable a la autonomía presupuestaria, postulándola como un pilar indispensable de la independencia judicial. Las Conferencias Nacionales de Jueces han sido en general el ámbito donde este tribunal ha manifestado su visión sobre este punto como asimismo en distintas reuniones o jornadas de magistrados en todo el país.

A. Así en la Segunda Conferencia Nacional de Jueces que tuvo lugar los días 6 y 7 de septiembre del 2007 en Salta, se abordó y promovió el debate sobre la gestión judicial y su mejora mediante criterios de eficacia e incorporación de herramientas tecnológicas; la litigiosidad creciente y los mecanismos facilitadores para la resolución alternativa de conflictos y la independencia del Poder Judicial. Fruto del trabajo en comisiones y la participación activa de los magistrados presentes, se arribó a importantes conclusiones, que en relación con la Comisión nro. 1 sobre Independencia Judicial se dijo: *“El Poder Judicial debe contar con el manejo autárquico de su presupuesto en forma plena, de modo tal de no depender, para su ejecución completa, de otros poderes. El mencionado manejo podrá quedar, en cada jurisdicción, bajo el control acordado con los organismos independientes de cuentas (por ejemplo: “Acuerdo Corte Suprema de Justicia de la Nación- Auditoría General de la Nación”). La autarquía presupuestaria plena, que también es garantía de la independencia judicial, debe contar con pisos porcentuales de mínima, normativamente*

establecidos, que garanticen efectivamente el adecuado funcionamiento del Poder Judicial. Para aquellas jurisdicciones que no alcancen los mínimos suficientes deben fijarse mecanismos de compensación que corrijan las asimetrías con el fin de asegurar igual servicio de justicia para todos los habitantes de la Nación”.

B. Por su parte, en la Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas “El Estado de Derecho”, realizada en Buenos Aires, los días 3 y 4 de septiembre de 2009, el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió a las políticas de Estado para el Poder Judicial y en torno al fortalecimiento institucional dijo que el Poder Judicial debe mejorar su propia identidad frente a los otros poderes, ello implica mejorar la integración de los jueces dentro del poder, la autarquía presupuestaria y la autogestión, así como la independencia personal e institucional. En relación con la independencia judicial distinguió entre la institucional que supone la defensa del estatuto del juez y de las garantías de intangibilidad, inamovilidad y otras, y la presupuestaria, respecto de la cual afirma que debe discutirse si es conveniente la autarquía presupuestaria, y conocer cuál sería el nivel mínimo del presupuesto judicial y los modos de dialogar con los otros poderes para su implementación¹.

C. También en la XIX Jornada Científica de la Magistratura realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 28 al 30 de octubre de 2009, se dedicó un panel al tema de la autarquía del Poder Judicial, defendiéndose la postura de fortalecimiento institucional de este poder.

D. El mayor y decidido avance en este punto se produce en el marco de la Cuarta Conferencia Nacional de Jueces, realizada los días 2 y 3 de septiembre de 2010 en Buenos Aires, donde se presentaron anteproyectos de reforma de tres leyes en busca de garantizar la autonomía presupuestaria del Poder Judicial como medida para fortalecer la independencia de dicho poder².

A modo de introducción se planteó la relación entre la independencia del poder judicial y la autonomía presupuestaria, advirtiéndose que la independencia queda afectada cuando no hay suficientes jueces para atender los reclamos, pero también cuando no hay inversiones en tecnología, en edificios, en programas de gestión y control que la hagan más eficiente. Sobre esa base se proponen reformas legislativas tendientes a fortalecer la independencia del Poder Judicial de la Nación en el marco del equilibrio constitucional de las potestades de los órganos de gobierno. Tales medidas conciernen estrictamente a la fluidez y solvencia del manejo del instrumento presupuestario, junto con decisiones institucionales que patenticen el rol constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza del Poder Judicial de la Nación, frente a normas legales como las que regulan al Consejo de la Magistratura en lo relativo a su inserción orgánica y el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con su rango institucional, cuyo contenido y aplicación han provocado comprobadas distorsiones e infundados cuestionamientos.

En esta iniciativa de la Corte Suprema, la autonomía presupuestaria implica que el Poder Judicial tenga una relación directa con el Congreso de la Nación en la presentación de su presupuesto, en su discusión, y, luego de su aprobación, en todo lo atinente a su implementación. En este sentido se propone que sea la Corte Suprema quien prepare y envíe directamente al Congreso y al Poder Ejecutivo el anteproyecto de presupuesto del Poder Judicial. Asimismo, faculta al máximo tribunal a disponer reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias, dentro de la suma total correspondiente a la Justicia en el Presupuesto General de la Administración

Nacional. Se pretende agilizar la gestión presupuestaria, utilizando un mecanismo legal similar al que existe en otros países, tales como los Estados Unidos y Brasil.

Los cambios planteados requieren de la adopción de medidas destinadas a ajustar los límites constitucionales del Consejo de la Magistratura y del Poder Ejecutivo en el ejercicio de competencias relativas a la administración de los recursos, a la disposición de los bienes y a la realización de inversiones en el Poder Judicial. Así se propone modificar tres normas, la ley 23.853 de autarquía del Poder Judicial, la ley 11.672 complementaria permanente del presupuesto y la ley 24.937 y sus modificaciones, referida al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento.

Sobre la primera norma se plantea la sustitución de los arts. 1º, 2º, 5º y 10º y la derogación del artículo 4º. De la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto, nro. 11.672 se sugiere la sustitución del art. 5º, que tendrán por finalidad facilitar la disponibilidad de los recursos presupuestarios y la asignación de remanentes presupuestarios para ejercicios futuros por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, en relación con la ley 24.937 y sus modificatorias se propone la derogación del inciso g) del artículo 18, y la sustitución del inc. i) del mismo artículo, teniendo por objeto ajustar esta norma a los límites constitucionales impuestos al ejercicio de competencias relativas a la administración de los recursos, a la disposición de bienes y a la realización de inversiones en el Poder Judicial.

En relación con la ley 23.853 de autarquía del Poder Judicial, las modificaciones propuestas responden a una clara política de fortalecimiento de la Corte en su rol institucional de cabeza del Poder Judicial y específicamente en el manejo de los fondos de dicho poder. Así se aumenta el porcentaje de 0,57 a 0,71% de los recursos que corresponderá a dicha Corte, también se le reconoce a este Tribunal una importantísima herramienta, cual es, la facultad de modificar los porcentajes que corresponden a cada servicio financiero de la jurisdicción en razón de las necesidades presupuestarias y financieras de los mismos, y se la autoriza para que solicite a los otros dos poderes la incorporación al presupuesto del Poder Judicial de los recursos recaudados por dicho poder que resulten superiores a los créditos asignados por la Ley Anual de Presupuesto y cuando resulte necesaria la incorporación de remanentes de ejercicios anteriores. Mientras que la modificación a la ley 11.672 es clave para viabilizar las reformas propugnadas para la ley 23.583 y que tiene por finalidad facilitar la disponibilidad de los recursos presupuestarios y la asignación de remanentes presupuestarios para ejercicios futuros por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Se recortan considerablemente las atribuciones del Jefe de Gabinete de Ministros y se marca la división de poderes fortaleciéndose el rol de la Corte Suprema y su Presidente. Finalmente en relación con la ley 24.937 del Consejo de la Magistratura, se pretende asegurar la competencia que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo con el art. 108 de la C. Nac., y los arts. 3 y 8 de la ley 23.853, de disponer de su patrimonio y en relación con el gobierno del Poder Judicial y el rol de la Corte como órgano supremo, en el anteproyecto en comentario se recuerda que la misma Corte ha defendido su papel de única cabeza de este poder en numerosas acordadas, en las cuales ha interpretado que la reforma de 1994 no alteró las graves responsabilidades que derivan de la naturaleza misma de las funciones que ejerce, como órgano supremo a cargo del gobierno del Poder Judicial, ya que el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento son órganos del Poder Judicial, auxiliares o asistentes en el ámbito de las competencias fijadas y sin independencia funcional³.

En este sentido, la Corte se encarga de poner de manifiesto que como órgano superior de Gobierno del Poder Judicial de la Nación, cuenta con facultades reglamentarias relacionadas con su propia organización y la del resto del Poder Judicial derivadas de sus atribuciones constitucionales y legales (arts. 18 de la ley 48; 10 de la ley 4055; 30 de la ley 24937 –t.o. por decreto 816/99- y sus modificatorias y 24.588, entre otras). Sus competencias en la materia son exclusivas, con excepción de las cuestiones en las cuales sus facultades reglamentarias concurren con las del Consejo de la Magistratura. No obstante ello, en cuestiones de trascendencia institucional la atribución es exclusiva de la Corte Suprema, en su carácter de órgano superior del Poder Judicial de la Nación. Por tal motivo se propicia modificar los artículos 7º, inc. 2º y 18, inc. j de la ley 24.937 –t.o. por decr. 816/99- y sus modificatorias para salvaguardar las atribuciones de la Corte como cabeza del Poder Judicial.

Se concluye haciendo hincapié en que fortalecer al Poder Judicial de la Nación requiere dotarlo de las herramientas técnicas necesarias que permitan afianzar su independencia. De ahí que los cambios legislativos propuestos permitirán ampliar los alcances de la autarquía judicial para darle un real significado y dar efectividad al desempeño del Poder Judicial en el contexto de un real equilibrio entre poderes, necesario para acentuar la vigencia del Estado de Derecho y, con él, la de los Derechos Humanos. Por otro lado, el reconocimiento legislativo en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las facultades de las que está investida originariamente por la Constitución Nacional fortalece al Poder Judicial, al priorizar enfáticamente la independencia judicial como política de Estado.

II. Algunas reflexiones críticas merecen estas iniciativas. Por un lado, se advierte un claro avance de la Corte Suprema, por lo menos en forma visible desde el año 2007, en la instalación de los temas referidos a la independencia del Poder Judicial y a la defensa de su rol como cabeza de dicho poder. Por otro lado, se atreve a formular anteproyectos de reforma de tres normas claves para alcanzar los objetivos propuestos en relación con los temas citados. En este camino, es claro que la Corte Suprema no cuenta con competencia para iniciar proyectos de ley en el Congreso, dado que la norma constitucional habilita al Ejecutivo, a los legisladores y desde la reforma constitucional de 1994, a los ciudadanos a través del procedimiento de iniciativa popular previsto en el art. 39 de la norma constitucional. Tampoco puede inmiscuirse en el trámite previsto para la sanción de la ley de presupuesto (art. 75 inc. 8 de la C.Nac.) con la correspondiente intervención del Jefe de Gabinete (art. 100 incs. 6 y 7 C.Nac.). Sin embargo, el Superior Tribunal utiliza una vía no prevista en la Constitución para instalar y legitimar sus propuestas no solamente frente a los magistrados de todo el país sino también como mensaje directo a la opinión pública y a los demás poderes del Estado en defensa del fortalecimiento de la independencia judicial y de su rol como cabeza y líder del Poder Judicial.

75 —

Notas:

1 Ricardo Luis Lorenzetti; *Corte Suprema de Justicia de la Nación; Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas; 1er. Ed., Bs.As.; 2009, págs.24 y 29.*

2 Publicado en www.cij.gov.ar; 3 de septiembre de 2010. Ver de Valentín Thury Cornejo; “Sobre el proyecto de ley de autonomía presupuestaria del Poder

EL REPORTE

RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 24 - Septiembre de 2011

Judicial”; en *El Derecho Suplemento de Derecho Constitucional*; 13 de octubre de 2010; pág. 4.

3 Este criterio se ha manifestado en distintas decisiones como las acordadas nros. 8/99 y 4/2000, y otras más recientes como las nros 16/2003, 15/2004 y – especialmente- la nro. 36/2004.

e/c



LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (REFLEXIONES DESDE EL NEOCONSTITUCIONALISMO)

POR ADELA JUÁREZ ALDAZABAL: DOCENTE UNIVERSITARIA. RELATORA LETRADA DE LA SECRETARÍA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHUBUT.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien la interpretación jurídica se reclama de la filosofía del derecho, se aplica al mundo constitucional y tiene peculiaridades propias por la materia sobre la cual trabaja.

Por ello, desde el neoconstitucionalismo¹, nos pareció de utilidad efectuar una nueva lectura sobre la *interpretación*, realizando asimismo un breve estudio - en sus aspectos más sustanciales- del *control constitucional* al considerarlo “acto de interpretación”².

Como existen muchos matices en la interpretación constitucional, a los fines que aquí interesan, vamos a recurrir a postulados que parten de una opción valorativa de lo que es la Constitución y de lo que ella significa dentro del Estado constitucional de derecho: “Una Constitución dictada para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos. Como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”³.

77 —

2. POSTULADO AXIOLÓGICO.

No se puede suponer que alguna cláusula de la Constitución esté pensada para no tener efecto, por lo que cuando se trata de desentrañar el sentido de las normas constitucionales, su interpretación debe hacerse armonizando las facultades enumeradas por aquella dentro del espíritu general que les dio vida.

Decía el juez Holmes en el caso “Missouri vs. Holland”, que los creadores de la Constitución habían dado vida a un documento “cuyo desarrollo no pudieron prever por completo [...] de ahí que el caso [en cuestión] debe ser considerado a la luz de nuestras experiencias más acabadas, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás”. Debe tomarse en cuenta “tanto las palabras [de la Constitución] como su línea de crecimiento”⁴.

Si bien las palabras de la Constitución y la historia de su redacción son elementos importantes en la interpretación constitucional para brindar un sentido de continuidad con el pasado, la Constitución es un documento dinámico que cambia de sentido según los tiempos; lo que implica que la

letra de la Constitución y la historia de su redacción no son los únicos ingredientes de la interpretación constitucional⁵.

El contenido filosófico adoptado por una Carta Magna tiene que asumir necesariamente la figura de normas jurídicas obligatorias para todos los miembros de la comunidad, que deben utilizarlas en defensa de sus derechos. Mientras que el contenido político, estrechamente vinculado a una finalidad social, debe acompañar al progreso del país mediante una interpretación actualizada de sus cláusulas. Las normas constitucionales deben ser interpretadas de forma tal que se adapten a las realidades y exigencias de la vida moderna.

El derecho presupone una vida medida por la razón y un proceso judicial llevado constantemente a cabo por una técnica razonada, que se aplica a la experiencia desarrollada por la razón y a la razón probada por la experiencia. A fin de clarificar la dimensión normativa del derecho, no es posible comprender el funcionamiento jurídico sin ponerlo en relación con la noción de razón. Sin embargo, la interpretación es una actividad que no se consume en la lógica jurídica sino que comprende también una postura axiológica. Este complejo de métodos lógicos y axiológicos, ha sido agrupado por Recaséns Siches bajo la denominación “de lo razonable” en la interpretación del derecho⁶.

En efecto el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. El proceso interpretativo gira así, alrededor de la comprensión de valores jurídicos intuibles en la realidad existencial presididos por el valor justicia y que forman parte del contenido material que ofrece la Constitución.

Junto a la tesis de los principios se encuentra la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica. Se sugiere al juez constitucional, el uso de justificaciones basadas en argumentos de justicia.

La justicia nos manda tratar igual a los iguales y de manera proporcionalmente desigual a los desiguales; pero esta norma general va llenándose de contenido y ensanchando su significación por la historia y los afanes de los hombres. El derecho no es un fin en sí mismo, es un medio de realizar la justicia y otros valores que también afectan a la vida de la colectividad. Por eso, los tribunales en que se aplican no reciben en su jerarquía máxima el nombre de tribunal de derecho, sino Superior Tribunal de Justicia o Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷.

Además de lo dicho, cabe advertir que la Carta Magna tiene un predominante contenido axiológico expuesto como derechos humanos, los cuales condicionan las reglas de juego generando un ámbito de seguridad para el ciudadano de la sociedad democrática⁸. El constitucionalismo se presenta entonces, como una técnica de libertad que busca el orden social y por tanto, los derechos esenciales del hombre en su conjunto constituyen el sustento de todo orden democrático, expresado en la Constitución.

Enseñaba Bidart Campos que los derechos humanos, integrados al orden público constitucional, o mejor aun, alumbrando su impronta desde el mismo vértice, hacen al principio de unidad y coherencia de dicho orden, constituyéndose –sin lugar a dudas– en la parte fundamental de la ética de nuestro tiempo. Esto significa que toda formulación normativa derivada del plexo constitucional, deberá contener su sino, garantista y *pro homine*⁹.

3. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Desde el postulado axiológico se justifica el de supremacía constitucional¹⁰, dado que la norma constitucional supone la más directa vinculación al bienestar general, configurando sus lineamientos fundamentales.

La supremacía constitucional se concreta de dos modos: uno formal – parte orgánica de la Constitución- mediante el cual se establece la competencia de cada órgano, su organización y funcionamiento, y se consagra la división de poderes; otro material -parte dogmática-, por el cual se establecen el contenido, los límites de la actividad estatal y se consagra la declaración de derechos.

Desde el punto de vista jurídico, la Carta Magna consiste en un conjunto de normas fundamentales, lo que significa atribuir a esas normas un carácter o situación superior con respecto a las restantes normas que componen el ordenamiento jurídico. En eso, en su distinción formal de las demás normas y en la superioridad que se le atribuye sobre éstas, radica la “supremacía constitucional”.

El postulado de supremacía “juega como un principio ordenador en virtud del cual, todas las normas que de la constitución derivan, guardan una relación de subordinación jerárquica. Estableciéndose en consecuencia, diversos niveles que van desde la norma fundamental hasta el acto de aplicación por parte del ejecutivo, pasando por la reglamentación de la ley y la sentencia, formando un todo ordenado en virtud de la validez que los actos de inferior jerarquía encuentran en las superiores, en la medida que se adecuan a ellos”¹¹.

Desde esa relación de subordinación jerárquica, la Constitución se caracteriza por ser invasora¹², capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, las relaciones sociales y la acción de los actores políticos. En este último sentido, la supremacía constitucional también significa que los órganos del gobierno no pueden apartarse de las normas fundamentales en cuanto a su competencia, organización y funcionamiento y, en tanto órganos creadores y ejecutores del derecho, no pueden desbordar los cauces por aquéllas trazados. Si se apartan o desbordan, sus actos carecen de validez jurídica¹³.

Para evitar la invalidez jurídica se hacen necesarias técnicas que garanticen, frente a las posibles violaciones, el mantenimiento y la efectividad de la supremacía constitucional. Se vuelve imprescindible un control efectivo.

4. EL CONTROL CONSTITUCIONAL

La manifestación más importante y decisiva de la interpretación es cuando ella se realiza a los fines del ejercicio del control.

El poder de interpretar las leyes, decía Story, comprende necesariamente el de decidir si son o no conformes con la Constitución y en este último caso declararlas nulas y sin ningún valor; o sea que mediante el control de constitucionalidad, se ejercita una efectiva función de gobierno al mantener la observancia de la Carta Fundamental.

I. En la Europa continental

Bajo las ideas de la Revolución Francesa se jerarquizó al Poder Legislativo como el supremo poder, los jueces eran vistos como una casta encargada de la aplicación mecánica de la ley. Las ideas de Juan Jacobo

Rousseau sobre la soberanía popular y la ley como su expresión formulada por sus representantes directos, se unían a las de Montesquieu, para quien el juez debía ser mudo y hablar únicamente por boca de la ley, sin entrar a discutir jamás la validez de una norma con relación a otra.

No obstante, cabe recordar la doctrina formulada por el juez Sir Edward Coke¹⁴ en el “Bonham’s case” (1610)¹⁵, en defensa del *common law* y de su tradicional supremacía frente al Parlamento. Ciertamente, tras el triunfo de la *Glorious Revolution*, esta doctrina quedará relegada al olvido en Inglaterra en donde se impondrá la doctrina de la supremacía parlamentaria. Sin embargo, la reivindicación del juez Coke de la atribución a los jueces de la tarea de garantizar la supremacía del *common law* frente a los posibles arbitrios del Rey y del Parlamento, será plenamente recepcionada en las Colonias primero y en el nuevo estado independiente más tarde¹⁶.

La Constitución de la República Federal Austriaca, del 1º de octubre de 1920, diseñará un sistema de control de constitucionalidad, obra de Hans Kelsen, que diferirá del modelo americano no sólo en la atribución a un órgano *ad hoc*, la Alta Corte Constitucional¹⁷, del control de constitucionalidad de las normas generales sino en un conjunto de rasgos de incuestionable relevancia que tienen mucho que ver con la peculiar naturaleza de “legislador negativo” que Kelsen atribuirá al Tribunal Constitucional, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica.

II. En Estados Unidos

a) **El Federalista.** En “El Federalista” del año 1788, Alexander Hamilton sostuvo las bases fundamentales del control judicial difuso de constitucionalidad. En este sentido, la supremacía formal de la Carta Fundamental es el principio jurídico esencial sobre el cual descansan los argumentos de *El Federalista* N° 78.

“La Constitución no es simplemente una ley más dentro del conjunto de leyes que forman parte del ordenamiento jurídico, sino que es la norma más importante y fundamental sobre la cual descansan el resto de las leyes... Consecuencia evidente de la supremacía constitucional, tanto formal como asimismo material, es que todas las normas jurídicas cuya vigencia se disponga han de conformarse sustancial y formalmente a ella y que, por lo tanto, carecen de todo valor si pugnan con la Carta”.

“No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida...”¹⁸.

De la evidencia que Hamilton acababa de sentar, procederá a enunciar el argumento de las consecuencias que los jueces deberían obtener, en el ejercicio de su función aplicadora del derecho: “...La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”¹⁹.

Por lo tanto, la superioridad formal de la Constitución sobre la ley y la consecuente obligación para los jueces de aplicar el ordenamiento sobre ese principio constitucional fundamental, es una derivación ineludible del hecho de que la Constitución, a diferencia de la ley, procede del poder constituyente del Estado.

Hamilton lo subraya, cerrando su reflexión sobre la función del poder judicial en el Estado constitucional: “Esta conclusión no significa en modo alguno la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en las leyes, entra en contradicción con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán conformarse a la última de las preferencias y no a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales y no por las que no tienen este carácter fundamental”²⁰.

Tras reconocer que “no existe una sílaba en el plan que se presenta a nuestra consideración que *directamente* faculte a los tribunales nacionales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución”, Hamilton explicaba por qué tal facultad debía admitirse en la Constitución de modo implícito, toda vez que la misma no la había prohibido expresamente: “Admito, sin embargo, que la Constitución deberá ser el canon para la interpretación de las leyes y que siempre que se plantee una contradicción evidente, las leyes deben ceder ante la Constitución. Pero esta doctrina no es deducible de ninguna circunstancia peculiar del plan de la convención, si no de la teoría general de una Constitución limitada; y hasta donde sea cierta es igualmente aplicable a la mayoría, sino a todos los gobiernos de los estados. No puede fundarse en esta circunstancia ninguna objeción, por tanto, contra la judicatura federal que no fuera también en contra de las judicaturas locales, y que no sirva para condenar a cualquier Constitución que pretenda poner límites a la discrecionalidad del poder legislativo”²¹.

La gran contribución de *El Federalista* es, sin duda alguna, el haber sentado las bases para que la revisión judicial se efectuara desde una concepción constitucional.

81 —

b) *Caso Marbury vs. Madison*. El sistema judicial común quedó consagrado en los Estados Unidos, junto con la garantía formal de la supremacía constitucional, a partir del caso “*Marbury vs. Madison*”²² del año 1803.

En 1801 finalizaba el mandato del presidente John Adams, federalista, cuyo partido había perdido las elecciones frente a Thomas Jefferson, republicano - demócrata. Adams, antes de la transferencia del mandato, logró del Congreso la sanción de la *Circuit Court Act* del 13 de febrero de 1801 y la *Organic Act of the District of Columbia* del 27 de febrero de 1801 que dispusieron, respectivamente, la creación de dieciséis cargos de jueces federales de circuito y cuarenta y dos cargos de jueces de paz para el distrito de Columbia. Todos los cargos serían ocupados por federalistas.

El 2 de marzo fueron designados los jueces y el 3 de marzo el Senado proveyó los acuerdos. De los cuarenta y dos jueces de paz, algunos no habían sido notificados de su nombramiento²³, entre ellos William Marbury. Asumida la presidencia por Jefferson, Marbury y otros, se presentaron ante James Madison, nuevo Secretario de Estado, reclamando la notificación de sus nombramientos. Frente a la negativa de Madison, acudieron a la Corte Suprema en instancia originaria, reclamando que ésta emitiera, de acuerdo con lo previsto en la Sección 13 de la Ley de Organización Judicial de 1789, un *writ of mandamus* que ordenara la notificación.

El juez Marshall, en el caso citado, a fin de justificar la facultad de los jueces –y de la Corte Suprema- para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, dijo: “Así, pues, si una ley está en oposición con la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de modo que la Corte tiene que decidir ese caso, o bien de conformidad con la

Constitución prescindiendo de la ley, la Corte tiene que determinar cuál de éstas dos reglas opuestas debe regir el caso. Esto es la verdadera esencia de la obligación judicial. Si entonces, los tribunales tienen que observar la Constitución y ésta es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la Constitución y no esa ley ordinaria debe gobernar el caso al cual ambas se aplican”²⁴.

Jueces como Marshall (*Marbury v. Madison*) y Gibson (*Eakin v. Raub*) sostuvieron la facultad del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes como consecuencia del precepto que declara a la Constitución ley suprema de la Nación, correspondiendo a Story el mérito de haberla consagrado definitivamente en el caso *Martín v. Hunter*²⁵, en el que declaró: “Es incuestionable que los tribunales de los Estados Unidos pueden revisar los procedimientos de las autoridades legislativas y ejecutivas de los estados y si encuentran que contrarían a la Constitución, declararlas sin valor alguno. Este poder de revisión no se encuentra conferido en términos expresos en ninguna parte de la Constitución; si él ha sido conferido lo ha sido por implicancia como un poder necesario y conveniente para hacer efectivo algún otro poder expreso. El poder de remoción en lenguaje estricto, no es ciertamente un ejercicio de jurisdicción originaria, él presupone un ejercicio de jurisdicción originaria radicado en otra parte”²⁶.

III. SISTEMAS DE CONTROL

Desde el punto de vista subjetivo el control constitucional puede ser político o jurisdiccional. El primero es preventivo y opera antes que las leyes sean sancionadas. Se distingue del judicial que es cumplido por jueces, generalmente *a posteriori*.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes aparece, como bien dice Calamandrei²⁷, en aquellos países que tienen constituciones rígidas, pues en los que la Carta Suprema es flexible (Inglaterra) los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, donde la *lex posterior* deroga la anterior.

La revisión judicial puede ser formal o sustancial. La primera apunta a investigar si el precepto fue sancionado de conformidad con las normas que reglamentan el trámite legislativo (mayoría parlamentaria, publicaciones, etc.), mientras que la segunda busca verificar si el dispositivo legal está acorde con la Constitución.

Los sistemas de control judiciales se dividen, a su vez, en especiales y comunes²⁸. En los primeros se confiere la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes u otros actos de los poderes políticos a un cuerpo especializado de naturaleza jurisdiccional, “Corte” o “Tribunal especial”. En los segundos, corresponden a los “jueces comunes” asegurar la supremacía constitucional; todos los jueces están facultados para declarar la inconstitucionalidad de leyes u otros actos de los poderes políticos en los casos concretos en que les corresponde intervenir, por ello también reciben el nombre de difusos.

No conviene olvidar que las divergencias a las que nos hemos referido, dimanen de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos que constituyen la última *ratio* de la bipolaridad de los modelos.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SIGLO XXI.

La justicia constitucional asoma perfilada por una serie de situaciones peculiares que aunque encontrando su origen en épocas más o menos anteriores, han venido convergiendo a la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano-sistema europeo - kelseniano”, haciendo necesaria la búsqueda de una nueva tipología que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional.

Una postura doctrinal absolutamente extendida en nuestros días ha venido poniendo de relieve, la existencia de una clara tendencia convergente de ambos modelos. Este es el caso de Mauro Cappelletti para quien el control de constitucionalidad, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo.

Lo cierto es que hoy se presenta una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos, lo que no sería sino la resultante obligada del lugar primigenio de la centralidad de los derechos y libertades en las constituciones de nuestros tiempos. Una constitución cuya fortaleza única se encuentra en un conjunto de valores superiores a los que se encadena una declaración de derechos, en un conjunto normativo al que se sujetan todos los poderes del Estado, explica también el nuevo rol que los órganos del Poder judicial van a asumir en el marco constitucional.

El control de constitucionalidad de las normas, limitado en sus efectos al caso sometido a decisión de los jueces, implica enervar la validez y eficacia de una ley sancionada por el Poder Legislativo, o un decreto dictado por el Poder Ejecutivo, asegurando de ese modo la supremacía de la legalidad constitucional. Ha dicho la Corte Suprema Argentina que el control judicial de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder judicial, ni la de la Corte, aun cuando ésta sea la intérprete final de aquella²⁹.

La extensión de este control no significa aniquilamiento de la doctrina de la separación de poderes, sino su puesta a punto con la interrelación de funciones que subyace en la misma doctrina y que se corresponde con los requerimientos de la estructura gubernamental del Estado contemporáneo³⁰. El modelo de los “frenos y contrapesos”, ideado por James Madison, no sólo no rechaza sino que auspicia y se alimenta del diálogo y la mutua corrección entre los poderes.

Lo que se espera es que cada rama del poder interfiera parcialmente con las otras, impidiéndoles actuar en contra de la Constitución y ayudándolas a actuar conforme a ella. Es que la Constitución impregna gradualmente todo el ordenamiento y ampara y encuadra el nacimiento de la llamada “Democracia Constitucional”. Desde este punto de vista no es factible hablar de “violación al principio de división de poderes”.

La democracia constitucional ha nacido amparada por una Constitución y encuadrada en ella, y esa constitución que ha significado una limitación para la voluntad y el poder de las mayorías implica también la limitación al gobierno. El control democrático se manifiesta a través del control mutuo de los poderes; y para tutelar los derechos fundamentales se prevén garantías específicas frente al poder³¹.

5. CONCLUSIÓN.

Gracias a los aportes del constitucionalismo y la Teoría de la Argumentación Jurídica, las normas constitucionales no pueden ser

interpretadas sin apelar a elementos de tipo moral o políticos que exigen, de parte del juez, antes que un ejercicio de tipo deductivo uno de tipo argumentativo, a cuya sazón la Constitución es leída, de manera integral, reuniendo normas y principios.

El actual Estado constitucional de derecho, otorga a la Constitución un carácter normativo y vinculante, donde la validez de las normas depende de la forma de producción y de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales. En el Estado constitucional, los derechos fundamentales introducen en el sistema una fuerte carga axiológica, cuyo reflejo provoca que los principios desplacen a las reglas y la ponderación a la subsunción.

Aparece el garantismo constitucional, definido por el doctor Andrés Gil Domínguez como “el conjunto de garantías políticas y jurisdiccionales que tienen por objeto tornar vigente el modelo de Estado Constitucional de derecho, ya sea respecto de las formas de producción del derecho, o en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales”³².

En este contexto la supremacía constitucional implica que el texto constitucional es la norma de las normas y la fuente de las fuentes, y que funciona como parámetro exclusivo de validez de las normas inferiores³³. Con la finalidad de asegurar y hacer efectiva aquella supremacía constitucional, aparece el control jurisdiccional, inherente al poder de interpretación reconocido como función primordial de las Cortes Supremas de Justicia.

Las nuevas pautas interpretativas que hoy se imponen, junto con las que surgen tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana³⁴, reportan con sus opiniones y sentencias una fuente de producción jurídica que se presentan como verdaderas herramientas productivas, instando a realizar una práctica democrática en particular desde el poder moderador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, SUSANA; DALLA VIA, ALBERTO; GARGARELLA, ROBERTO; HERNÁNDEZ ANTONIO y SABSAY, DANIEL, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Editorial Universidad, 2004.
- ALSINA, HUGO, *La justicia federal (Organización, jurisdicción y competencia)*, Bs. As., Valerio Abeledo, Editor –Librería Jurídica, 1931.
- ARBALLO, GUSTAVO, *Un constitucionalismo expandido*, Aracaju. Evocati Revista. N. 13. jan. 2007. En <http://www.evocati.com>
- BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., t. 1, Bs. As., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Constitución y derechos humanos*, Bs. As., Ediar, 1991.
- _____, *Manual de la Constitución reformada*, t. I y t. III, Bs. As., Ediar, 1997.
- _____, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Bs. As. Ediar, 2001.
- _____, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Bs. As., Ediar 1986.
- CALAMANDREI, PIERO, *Estudios sobre el proceso civil*, t. II, vol. II, Bs. As., Ejea, 1966.
- CARBONELL, MIGUEL Edición de, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

- CASTORINA DE TARQUINI, MARÍA CELIA, *Supremacía de la Constitución – El nuevo orden en Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1995.
- COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1959.
- ESTRADA, JOSÉ MANUEL, *Curso de derecho Constitucional*, t. III, Edyla, 2ª ed., 1927.
- FAYT, CARLOS S., *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Bs. As., Depalma, 1994.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- GIL DOMÍNGEZ, ANDRÉS, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853 – 1860)*, Bs. As., La Ley, 2001.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- HILL, CHRISTOPHER, *Los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa*, Critica, Barcelona, 1980.
- HITTERS, JUAN CARLOS, *La acción declarativa y el recurso de inconstitucionalidad. Control de constitucionalidad*, jornadas patagónicas de derecho procesal, Puerto Madryn, 28, 29 y 30 de septiembre de 2000.
- JIMÉNEZ, EDUARDO P., *Sistema jurídico y derechos humanos*, Facultad de derecho, UNMdP, II, Postgrado intensivo de verano, Derecho Constitucional.
- LÓPEZ, MARIO JUSTO, *Manual de derecho político*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1994.
- MILLER, JONATHAN, *Control de constitucionalidad: El poder político del Poder Judicial y sus límites en la Democracia ED*, 120-919.
- PÉREZ GUILHOU, DARDO y Otros, *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, t. II, Bs. As., Ediciones Depalma, 1995.
- PETRACCHI, Enrique S., *Control judicial en la Argentina*, LL, 1987-E-709.
- PRELOT, MARCEL, Bs. As., Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.
- VANOSSI, JORGE R., *Teoría Constitucional*, t. II, *Supremacía y Control de Constitucionalidad*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1976.
- VIGO, RODOLFO L., *Interpretación constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1993.

Notas:

¹ Como bien lo destaca Gustavo ARBALLO, en su ensayo titulado Un constitucionalismo expandido, el neoconstitucionalismo no se presenta como un término “de ruptura”, sino como uno de orden “evolutivo”. Ver texto extraído de *EVOCATI* Revista <http://www.evocati.com>

² El control sólo es posible desde la interpretación. El ejercicio mismo del control es un acto de interpretación. BIANCHI, Control de constitucionalidad, Tomo 1, p. 228.

³ FERRAJOLI, Luigi, Pasado y futuro del Estado de derecho, trad. de Pilar Allegue, en Edición de Miguel CARBONELL, Neoconstitucionalismo (s), p. 13.

⁴ 252 U.S. 416 (1920); “*Gompers vs. United States*”, 233 U.S. 604 (1914), *cit. por GARGARELLA*, Control constitucional, en *Derecho Constitucional, de ALBANESE y otros*, nota 6, p. 654.

⁵ MILLER, Control de constitucionalidad: El poder político del Poder Judicial y sus límites en la Democracia, ED, 120-919.

⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, Metodología, docencia e investigación jurídica, p. 45.

⁷ *Superior Tribunal de Justicia de Brasil, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Suprema Corte de Justicia de México, Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Centro de Justicia Federal- USA.*

⁸ JIMÉNEZ, Sistema jurídico y derechos humanos, p. 17.

⁹ BIDART CAMPOS, Constitución y Derechos Humanos, su reciprocidad simétrica, p. 147.

¹⁰ Dice Alberto B. BIANCHI en su obra: Control de constitucionalidad, que “Sin tener que remontarnos a la Antigüedad, donde ya se anticipa el carácter supremo de la constitución, o a la Edad Media, la experiencia inglesa en el temprano siglo XVII nos pone en contacto con una idea simple, sencilla y que no depende de fronteras filosóficas o políticas. El ordenamiento jurídico, cuya misión es regular la vida humana de la sociedad, no puede ser pensado sino en forma jerárquica y debe existir; necesariamente, una ley que, ocupando el vértice de la pirámide, se constituya a la vez en punto de partida y meta de todo el ordenamiento. Si no existiera una norma superior que infundiera sus principios al resto del cuerpo normativo, éste se dislocaría. La supremacía de la Constitución es entonces una norma implícita de lógica jurídica, que regiría aun sin necesidad de sanción positiva expresa” (2002, Tomo 1, p. 30 y sgtes.).

¹¹ CASTORINA DE TARQUINI, Supremacía de la Constitución – El nuevo orden, en: *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, p. 134.

¹² Se habla de una materialización de la Constitución, en cuanto presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales.

¹³ LÓPEZ, Manual de derecho político, ps. 380, 381.

¹⁴ *cit. por HILL*, Los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa, *Crítica*, Barcelona, 1980.

¹⁵ El doctor Bonham había sido multado por el Real Colegio de Médicos y encarcelado por falta de pago y desacato a dicha corporación. La mitad de la multa pertenecía a la corona y la otra mitad al colegio. Estas sanciones estaban autorizadas por una ley del Parlamento. El Superior Tribunal de Justicia, presidido por Coke, ante la acción por prisión ilegal entablada por Bonham, decidió que al recibir el colegio la mitad de la multa se convertía en juez y parte, lo que era contrario al common law establecido en varios precedentes. Dijo Coke que cuando una ley del Parlamento era contraria al common law y a la razón, éstos debían prevalecer y semejante ley debía ser declarada sin valor.

¹⁶ En el siglo XVII, en “*Giddings v. Browne*”, el Justice Symonds de Boston, Massachussets, dispuso que una ley positiva no podía estar en contra de la ley natural o fundamental (entre otros casos reseñados por BIANCHI, en *ob. cit.*, 2002, p. 71).

¹⁷ Sistemas semejantes fueron establecidos por la Constitución checoslovaca de 1920, la española de 1931, la cubana de 1940, la francesa de 1946 (Comité Constitucional) y la de 1958 que creó el Consejo Constitucional, la italiana de 1947 (Corte Constitucional), y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que creó el Tribunal Constitucional Federal.

¹⁸ HAMILTON – MADISON - JAY, p. 332.

¹⁹ Ídem, p. 332.

²⁰ Ídem, p. 332.

²¹ Ver p. 331.

²² En el caso de *Marbury vs. Madison* se verá reproducido una buena parte de los razonamientos previamente expuestos por Hamilton y El Federalista.

²³ Notificación indispensable para que la designación se perfeccionara. La tarea

de comunicación de todos los nombramientos, estaba a cargo de John Marshall, Secretario de Estado de Adams. En enero de 1801 John Marshall había sido designado por Adams, como Chief Justice de la Corte Suprema.

²⁴ Tal sistema ha servido de modelo a las constituciones de varios países latinoamericanos: México, Bolivia, Chile, Colombia, Uruguay, Venezuela. Todos acuerdan, con algunas variantes, atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes a la Corte Suprema. También en otros continentes han sido establecidos sistemas que acuerdan facultades semejantes al más Alto Tribunal, a saber; Suiza, Irlanda, India, Japón.

²⁵ I, Wheaton 304, año 1816 – ver voto de Story en *ESPIL, F.*, La Suprema Corte Federal, p. 44, cit. por *ALSINA*, La justicia federal (Organización, jurisdicción y competencia), p. 166.

²⁶ *ALSINA*, ob. cit., 1931, p. 157.

²⁷ *CALAMANDREI*, Estudios sobre el proceso civil, t. II, vol. II, p.119, cit. por *HITTERS*, La acción declarativa y el recurso de inconstitucionalidad. Control de constitucionalidad, p. 53.

²⁸ Existen también controles judiciales mixtos que se caracterizan por hacer compartir o repartir el control de constitucionalidad entre órganos que ejercen función judicial y otros que ejercen función legislativa. Es el caso de la Constitución portuguesa de 1933 y la del Brasil que estaba vigente en 1953, de acuerdo con la cual correspondía al Superior Tribunal federal declarar la inconstitucionalidad de la ley o decreto y al senado suspender su vigencia. Un lejano antecedente del sistema también se encuentra en la Constitución del Estado de Nueva York de 1777, que establecía que los jueces y el gobernador reunidos podían revisar las leyes sancionadas por la legislatura. Por su parte, en Latinoamérica se destacan países que han adoptado un sistema mixto en el que junto al control difuso, se observa un control concentrado, ya sea en una Corte Suprema de Justicia (Venezuela, Brasil, México), o en un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial (Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador), o fuera del Poder Judicial (Perú). Por otro lado, varios países han adoptado un sistema concentrado, ya sea ejercido por la Corte Suprema de Justicia (Uruguay, Honduras y Panamá), o por solo una Sala Constitucional de la Corte Suprema (Paraguay, Costa Rica y El Salvador). Un caso especial lo presenta Chile, al haberse otorgado un sistema concentrado de control de constitucionalidad a dos órganos judiciales: la Corte Suprema de Justicia por vía incidental y al Tribunal Constitucional por acción directa.

²⁹ in re, “Nicosia, Alberto O. s/ Rec. de queja”, del 9 de diciembre de 1993.

³⁰ *FAYT*, Supremacía constitucional e independencia de los jueces, p. 61.

³¹ Tal el ejercicio del control de constitucionalidad como mecanismo de adecuación de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo a lo prescripto por la Carta Magna, que podría autorizar el dictado de sentencias moduladas y con efectos generales, como una forma de estrechar vínculos de colaboración y diálogo entre poderes. En el concepto actual de democracia se apela pues, al diálogo en busca de un proceso de justicia compartido.

³² *GIL DOMÍNGUEZ*, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, p. 20.

³³ *GIL DOMÍNGUEZ*, Andrés, ob. cit., p. 25.

³⁴ *Vemos como el Estado de derecho constitucional, proyecta hacia el futuro un incipiente Estado Internacional de derecho. Aconsejamos leer, Pasado y futuro del Estado de derecho, de Luigi Ferrajoli en Edición de Miguel CARBONELL, ob. cit.*

VÍA RECURSIVA EXTRAORDINARIA CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

POR RICARDO TOMÁS GEROSA LEWIS: ABOGADO (U.B. DIPLOMA DE HONOR). PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL (POR CONCURSO) EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA "SAN JUAN BOSCO", SEDE ESQUEL. MIEMBRO TITULAR DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE DISCIPLINA DEL COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE ESQUEL (PERÍODO 2008-2012). PRESIDENTE DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE REDACTORA DE LA PRIMERA CARTA ORGÁNICA MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE ESQUEL (2005). AUTOR DEL LIBRO "ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT" (2 TOMOS).



1.- INTRODUCCIÓN

Las decisiones adoptadas por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut en virtud de las diversas presentaciones efectuadas por distintos partidos políticos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral con motivo de las elecciones provinciales acaecidas en marzo de 2011 establecen una oportunidad propicia para abordar una cuestión interesante y muy poco debatida hasta el momento: ¿existe una instancia de revisión en materia electoral en la Provincia del Chubut?. Y, en su caso: ¿Cuál es la vía recursiva pertinente?.

El tema, inclusive, se hace más complejo si tenemos en cuenta que la Legislatura no ha cumplido, hasta el día de la fecha, con el dictado de la Ley Electoral provincial, y que la Constitución de nuestra Provincia, en su artículo 260, establece que este órgano tiene como funciones “calificar las elecciones de autoridades provinciales, juzgando en definitiva sobre su validez”.

Además, y como bien lo explica Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, no existe una posición uniforme en esta materia en la jurisprudencia nacional, toda vez que “tradicionalmente, los Superiores Tribunales de provincia han sostenido la irrevisibilidad de las resoluciones dictadas por las Juntas Electorales provinciales.... Otros tribunales, en cambio, implícitamente admiten la revisibilidad, aunque luego en el fondo rechacen la impugnación.... Algunos tribunales, incluso, han abierto su jurisdicción para el dictado de medidas cautelares en contra de lo dispuesto por la Junta Electoral...(Y) la Corte Federal parece respetar el principio de la irrevisibilidad... no obstante (que también) ha producido importantes brechas a favor de la revisibilidad y abre su jurisdicción para revisar lo decidido por estos órganos electorales”.¹

2.- EL TEMA EN DEBATE. LAS DISTINTAS POSICIONES

Lo que se discute, en definitiva, es si las decisiones del Tribunal Electoral pueden ser o no susceptibles de remedios judiciales y, en su caso, cuál es la vía procesal pertinente.

Existen, al respecto, dos posturas antagónicas.

1.) La primera de ellas afirma que las resoluciones que se adopten en el marco del proceso electoral son “irrecorribles”, fundamentalmente desde el punto de vista de los recursos “externos” o judiciales.

Para negar la procedencia recursiva, se argumenta de la siguiente manera:

1.1.) No hay prevista ninguna vía recursiva en la normativa vigente. Es decir, la legislación no contempla una instancia de revisión –o doble instancia- contra las resoluciones del Tribunal Electoral.²

1.2.) La propia Constitución Provincial, como vimos, dice que este órgano juzga “en definitiva” en esta materia, es decir, sin posibilidad de revisión por otra instancia superior.³

1.3.) Si bien el Código Electoral Nacional establece como alzada de los órganos electorales del fuero federal a la Cámara Nacional Electoral, no existe en Chubut un órgano judicial equivalente que pueda receptor los recursos interpuestos.

1.4.) Tales recursos no deben ser admitidos en virtud de la celeridad que debe tener el proceso electoral, el que de lo contrario podría derivar en imprevisibles dilaciones comprometiendo seriamente la institucionalidad y la eficacia del sistema.⁴

1.5.) No cabe “judicializar” la política porque ello implicaría crear el “gobierno de los jueces” y sustituir la voluntad del cuerpo electoral por la de los magistrados, que se convertirían, así, en una suerte de “gran elector”.⁵

1.6.) Las decisiones del Tribunal Electoral son actos “políticos” o “discrecionales” y, por lo tanto, ajenos a la incumbencia del Poder Judicial.

1.7.) El Tribunal Electoral goza de independencia funcional para cumplir la importante tarea que les ha sido confiada. Por consiguiente, goza también de una “zona de reserva independiente”, libre de toda injerencia externa.

2.) La otra corriente, en cambio, indica que tales resoluciones siempre pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial.

Se fundamenta esta postura de la siguiente manera:

2.1.) La imposibilidad de recurrir una decisión del Tribunal Electoral atenta contra un sinnúmero de ramilletes de derechos que deben efectivizarse en un Estado Constitucional de Derecho (de defensa, a la tutela judicial efectiva, a la doble instancia, etc.).

2.2.) Las decisiones del Tribunal Electoral son actos administrativos y, por lo tanto, ellos pueden ser impugnados desde la óptica de la invocación de vicios concretos de ilegitimidad o irrazonabilidad.

2.3.) Las facultades del Tribunal Electoral pueden ser discrecionales pero no arbitrarias. Por ende, no hay obstáculo alguno para que el Poder Judicial ejerza el control de cualquier acto que se presente como arbitrario o irrazonable.

2.4.) Un sistema recursivo nulo o restringido no se compadece con la finalidad de asegurar la transparencia que exige el sistema republicano de gobierno.

2.5.) El principio de irrevisibilidad atenta contra el sistema de control de constitucionalidad instituido en nuestro país y contra una de las funciones principales del Poder Judicial, que consiste precisamente en encausar los desbordes institucionales con motivo del ejercicio de competencias o prerrogativas públicas.

3.- LA POSICIÓN DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, como ya se

señalara, fue el órgano receptor de las distintas presentaciones y recursos directos interpuestos contra las decisiones y resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral, manifestándose finalmente a favor de la tesis de la recurribilidad.

Para ello, el Máximo Tribunal provincial señaló lo siguiente: “Si bien la Constitución Provincial no determina las formas impugnativas del Tribunal Electoral Provincial, por su eminente naturaleza política y administrativa, ajena al Poder Judicial, hace que las cuestiones de derecho que fueran controvertidas y decididas por el mismo, en tanto que su sentido imponga interpretar el plexo constitucional, deban contar con la posibilidad de una revisión rápida y eficaz por ante un Tribunal jurisdiccional. Lo dicho, importa una lectura amplia y comprometida del derecho de acceso a la justicia, en miras a su efectividad (conf. María S. Sagües, *El Derecho de acceso a la justicia*, en *Tratado de Derecho Constitucional - Pablo Luis Manili -Director*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 121). En efecto, el tema en debate interesa al ejercicio del control de constitucionalidad inherente al poder de interpretación reconocido como función primordial de las Cortes Supremas de Justicia. Existe pues, en el caso traído a debate, por su naturaleza electoral la gravedad institucional que habilita la intervención de este Superior Tribunal en su función de contralor de constitucionalidad que adquiere siempre una innegable dimensión política (Haro, Ricardo, “La función institucional del juez constitucional”, en *Tratado de Derecho Constitucional - Pablo Luis Manili -Director*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 155/185). Está comprometido el régimen electoral, por lo que deben preservarse los principios básicos de la Constitución en casos que - como este- conmueven a la sociedad entera (Fallos, 257:132) - con lo cual se configura un indudable interés comunitario total (Spota, *La Corte Suprema como parte del poder político del Estado*, LL, 1990-B-983).⁶

De igual manera, en la causa “Partido Justicialista s/recurso c/resolución N° 68/11 T.EP.” (Expte. N° 22270, F°33, Año 2011), el Máximo Tribunal – en oportunidad de expedirse sobre los recursos directos intentados contra las resoluciones que el Tribunal Electoral dictó con relación a los pedidos de nulidad de distintas mesas- dijo textualmente: “si bien es cierto que la vía que se intenta no se encuentra específicamente reglada en las normas aplicables al caso, dos ideas fuerza conducen a la decisión que se tomará: a) la jurisprudencia sentada por este Tribunal en el Expte. N° 22.211 - F° 23 - Año 2011 - Letra F - “Frente para la victoria s/ plantea recurso” y b) la idea de que así como se debe preservar la transparencia de los comicios y su genuino resultado para no defraudar a la sociedad -principio por el cual siempre se debe velar y en cuyo cumplimiento deben estar comprometidos todos los actores del proceso electoral e incluso el sistema judicial- se debe asegurar que los justiciables puedan hacer uso pleno de su derecho de defensa, aun en procesos que presentan características peculiares (voto del doctor Petracchi en autos Mendoza, Mario Raúl s/nulidad de mesas - Frente por la Paz y la Justicia. 23/04/2008 T. 331, P. 866)”.⁷

4.- UNA CUESTIÓN PREVIA: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL ELECTORAL.

Antes de ingresar a analizar el tema y dar mi posición al respecto, considero indispensable abordar una cuestión previa: la naturaleza jurídica del Tribunal Electoral.

Como ya lo señalara en otro trabajo, se trata de un organismo constitucional de carácter permanente que tiene a su cargo la organización

y funcionamiento de los comicios, y la custodia de los derechos políticos de los ciudadanos y de los partidos políticos, siendo además el órgano de aplicación de la Ley XII, N° 2 (Ley Provincial de Partidos Políticos) y quien, conforme lo establece la constitución (art. 260) y las leyes que regulan su funcionamiento y le asignan competencia (Ley XII, N° 3 y Ley XII, N° 2), tiene asignada la tarea de custodia de los principios constitucionales y legales relativos a la materia electoral.⁸

Es decir, fue creado para entender en esta rama específica, acumulando dentro de sus funciones asuntos que tienen que ver con lo administrativo-registral; con lo referente a la fiscalización del proceso electoral, al contralor de la vigencia efectiva de los derechos, atributos, poderes, garantías y obligaciones de los partidos, sus autoridades, candidatos, afiliados, y funciones jurisdiccionales.⁹

Respecto de su integración, cabe señalar que el referido art. 259 de la Constitución Provincial establece que será un organismo colegiado, toda vez que se compone por magistrados (el Presidente del Superior Tribunal de Justicia y el Juez de Primera Instancia de Rawson, en turno, con competencia en lo civil), un funcionario judicial (el Procurador General de la Provincia), y dos legisladores (los Vicepresidentes Primero y Segundo de la Legislatura o sus reemplazantes legales).

En virtud de ello, es decir, por las funciones que cumple y por su peculiar integración, algunos autores lo consideran como un órgano auxiliar del Poder Judicial.

“Su régimen es judicial –dicen SESIN y PEREZ CORTI- atento su normativa expresa y en consideración a su integración compuesta mayoritariamente por magistrados judiciales. Esta última circunstancia es fundamental ya que en su mayoría se integran por jueces. Ello irradia o contagia la naturaleza jurídica al tribunal electoral respectivo... La integración con legisladores... no varía la característica señalada desde que la conformación mayoritaria de magistrados judiciales tiñe de judicial al resto de sus componentes. La minoría sigue la suerte de la mayoría”.¹⁰

Creo, sin embargo, que el hecho de que el Tribunal Electoral sea un organismo *auxiliar* del Poder Judicial y que en algunos casos cumpla funciones jurisdiccionales no lo convierte en parte de su estructura.

Es que, en primer lugar, no pueden identificarse los actos con los órganos.¹¹

Además, la Constitución Provincial no lo menciona expresamente en la enumeración que efectúa en su artículo 162, ni lo contempla dentro de la Sección III de nuestra Carta Magna.

Es cierto, sí, que este órgano cumple –como ya hemos dicho- una función dual (administrativa y jurisdiccional). Pero ni esta circunstancia, ni el hecho de estar integrado por magistrados y funcionarios judiciales lo convierte en parte de aquél Poder.

Por consiguiente, no puede decirse que este organismo integre o forme parte de los cuadros del Poder Judicial.

En rigor de verdad, entiendo –como lo hizo el Superior Tribunal de Justicia del Chubut- que el Tribunal Electoral es un órgano de naturaleza política-administrativa y, por consiguiente, que constituye una institución totalmente diferenciada de cualquier otro poder del Estado.¹²

que “las cuestiones que versan sobre derechos políticos, sobre derecho electoral y sobre partidos políticos, son *justiciables*”.¹³ Y pienso, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Electoral pueden ser motivo de revisión judicial –en grado de apelación extraordinaria- ante el Superior Tribunal de Justicia.

Explicaré por qué:

1.) Como ya se expresara, si bien el Tribunal Electoral constituye un organismo con competencia para desarrollar tareas de indole administrativas (como por ejemplo formar y depurar el registro de electores, realizar escrutinios, etc.) y también jurisdiccionales (por ejemplo juzgar sobre la validez del acto eleccionario y resolver sobre las impugnaciones efectuadas sobre el mismo), no es en sentido estricto un organismo judicial, pues no forma parte de ese Poder. Por consiguiente, es evidente que sus decisiones no pueden quedar sustraídas del conocimiento de éste, máxime teniendo en cuenta que una de sus funciones principales es la de fungir de “poder moderador” y, por consiguiente, la de encausar los desbordes institucionales con motivo del ejercicio de competencias o prerrogativas públicas, a través de la juridicidad y el derecho.

2.) Es más: ya sea se considere al Tribunal Electoral como un órgano judicial o como un órgano administrativo, corresponde la intervención de la judicatura. En el primer caso, para asegurar la doble instancia¹⁴, y en el segundo para garantizar la revisión judicial de las decisiones administrativas.

3.) No hay poder sin control, y esto vale también para el poder del Tribunal Electoral.

4.) Si bien es cierto que no existen previsiones constitucionales ni legales para recurrir las resoluciones del Tribunal Electoral (o sea, no hay normas de jerarquía constitucional o legal que autoricen la intervención del Poder Judicial en grado de revisión o apelación respecto de las decisiones que le competen a aquél organismo), no menos cierto es que la falta de regulación expresa en tal sentido a nivel nacional no puede –de modo alguno- obstaculizar y/o vedar el acceso a la jurisdicción, en tanto y cuando “éste resulta ser un derecho inderogable y de raigambre constitucional, y la carencia de legislación formal y directa de las vías recursivas, no puede constituir una valla para que las resoluciones del Tribunal Electoral sean revisables en sede judicial”.¹⁵ Es más: los tratados con jerarquía constitucional incorporados a través del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional obligan a arbitrar vías de acceso a la justicia para la determinación y el amparo de los derechos políticos.¹⁶ Corresponde, pues, aplicar el artículo 21 de la Constitución Provincial y “abrir” la instancia de revisión en cada caso en concreto para asegurar el “recurso a la jurisdicción”.¹⁷

5.) En este tipo de cuestiones, por lo general (y para no decir siempre) se halla en juego la regularidad institucional. Es que no puede negarse que en ellas se encuentra afectada la vigencia de la representación política. Y es esa gravedad institucional y jurídica la que autoriza a dejar de lado la existencia de “ápices procesales” frustratorios del control de constitucionalidad para justificar, también, la intervención del máximo tribunal provincial en este tipo de casos.¹⁸

6.) Conforme lo explicó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los causas “Strada”¹⁹ y “Di Mascio”²⁰, es requisito inexcusable de la procedencia del recurso extraordinario federal, el fenecimiento de las disputas en sede local, lo que implica el agotamiento de todas las instancias hábiles allí establecidas”. Por lo tanto, el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia resulta necesario para acceder, eventualmente, a la instancia extraordinaria prevista por la Ley 48.²¹

7.) Aún cuando se les adscriba a las decisiones adoptadas por el Tribunal Electoral el carácter de actos “políticos”, “institucionales”, “discrecionales” o de cualquier otra categoría, ello no quita la posibilidad del referido control, pues “toda la actividad (del Estado) debe realizarse dentro del ámbito jurídico vigente, por lo que la actividad discrecional no puede ser arbitraria”.²² De esta manera, como siempre existen límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, para que el juez pueda determinar si estos límites han sido violados o no, es obvio que debe analizar el acto

8.) Si la actividad del Tribunal Electoral se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de su función condice con el orden jurídico vigente. Como bien lo señaló el Tribunal Supremo Español, “...no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, éstos elementos son susceptibles de control jurisdiccional”.²³

9.) La actuación del Tribunal Electoral no puede desprenderse de los principios de todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, “una interpretación que arroje como resultado el reconocimiento de un novedoso bloque temático cuyo ejercicio por parte de la autoridad pública competente sea inmune a todo control jurisdiccional, como sucedería si se atribuyera a la norma... la consecuencia de impedir el acceso de los interesados a una instancia judicial propiamente dicha..., produciría agravio constitucional”.²⁴

10.) Aunque se traten de “cuestiones políticas” ó, mejor dicho, de casos “de alto voltaje político”, en ellas siempre hay involucradas cuestiones jurídicas que, por consiguiente, también exigen una resolución acorde a derecho.

11.) Las circunstancias expuestas no convierten al Poder Judicial –ni al Superior Tribunal de Justicia- en una especie de “gran elector”, sino que ellas sólo apuntan a observar si los estándares legales y constitucionales fueron cumplidos en el caso concreto.²⁵ Es que, como bien lo señalaron los Ministros FAYT y BOSSERT, “es un principio de derecho político y electoral básico, que debe garantizar la justicia electoral, el asegurar la expresión genuina de la voluntad del pueblo a través del cuerpo electoral. Ese postulado reconoce su raíz en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno que la justicia debe afirmar”. “Si mediante el acto electoral se pretende ‘fundar un poder’ –en los términos de lo que la ciencia política entiende por él- y si éste se basa incuestionablemente en un sistema de creencias, toda perturbación en su causa fuente afecta su legitimidad y, en consecuencia, su efectiva vigencia”.²⁶

El Poder Judicial y más precisamente el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, pues, no obstante la inexistencia de una norma que le otorgue competencia clara en tal sentido, debe asumir la alta función de tutelar el sistema en el que se asienta la legitimidad de quienes tendrán a su cargo la carga de conducir los destinos de la Provincia, pues –como también dijo la Corte Suprema en otro de sus fallos- “es de sustancial importancia mantener la pureza del sufragio, que sirve de base a la forma representativa de gobierno y reprimir todo lo que de cualquier manera, pueda

contribuir a alterarla, dando al pueblo representantes que no sean los que él ha tenido la voluntad de elegir”.²⁷

Y es más: aunque se acepte que ‘la doble instancia no es un requisito constitucional’, puede decirse -paragonando a DURANTE- que para evitar la efectiva ‘privación de justicia’ en tópicos de trascendencia, que comprometen asuntos de ‘gravedad institucional’ y mientras no se dicte la ley electoral provincial, el Superior Tribunal de Justicia, en su condición de ‘tribunal de garantías constitucionales’ debe superar los ápices del ‘excesivo rigorismo formal’, a fin de elucidar ‘cuestiones políticas justiciables’ en tanto y en cuanto versan sobre ‘puntos regidos por la Constitución’.²⁸

6.- LAS DECISIONES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, EXCEPCIONALMENTE, TAMBIÉN PUEDEN SER IMPUGNADAS ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Ahora bien: más allá de lo decidido sobre este punto por nuestro Máximo Tribunal de Justicia²⁹, entiendo que las decisiones que adopte el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut también –aunque de manera excepcional- pueden ser susceptibles de ser impugnadas por la vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y ello es así cuando “las eventuales deficiencias que pueda presentar el pronunciamiento comprometen la vigencia del sistema establecido en la Constitución Nacional”.³⁰

En este sentido, el Máximo Tribunal ha señalado que “si bien, por vía de principio, las cuestiones en que se halla en juego la interpretación de normas de derecho público local son ajenas al recurso extraordinario federal, cuando el fallo no constituye una derivación razonada del derecho vigente y altere el régimen representativo popular establecido por la ley provincial a raíz de la interpretación propiciada, cabe que el Tribunal aplique su doctrina de excepción sobre la arbitrariedad de la sentencia. Es que ante las deficiencias que comprometan la cabal vigencia de la forma republicana y representativa de gobierno, la Corte Federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, con lo que en conclusión, asegura el cumplimiento de la voluntad del constituyente”.³¹

7.- Consideraciones finales.

No puedo culminar este trabajo sin dejar de señalar –compartiendo lo dicho en el mismo sentido por el Superior Tribunal de Justicia en sus distintos pronunciamientos- que muchas de las cuestiones ocurridas en las elecciones de marzo de 2011 se debieron al incumplimiento por parte de la Legislatura de dictar una Ley Electoral Provincial que fije las bases y principios de ese importante proceso (art. 256 de la Constitución Provincial).

Zumban todavía en mis oídos las palabras del Ministro del Superior Tribunal Dr. Fernando ROYER: “53 años de vida institucional tiene nuestra Provincia, 16 con la nueva constitución sancionada en el año 1994, 10 Legislaturas fueron constituidas democráticamente, 270 fueron los diputados elegidos constitucionalmente y aún no se ha legislado en materia electoral”.³²

Resulta urgente, pues, sancionar esta normativa específica. No sólo para cumplir con el mandato constitucional, sino también para ahuyentar situaciones similares a las que ocurrieron en nuestra provincia y que, por desgracia, fueron noticia a nivel nacional.

Notas:

¹ Ver su voto in re: S.T.J. Mendoza, “Partido Afirmación para una República Igualitaria” (ARI) en Actuaciones N° 475”, causa n° 86.525/86.311, 11/03/2007. Es decir que las cuestiones electorales son otro de los temas en los cuales, a través de los años, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue manifestando un notable vuelco hacia la judicabilidad. Ver, al respecto, HARO, Ricardo: “Control de constitucionalidad”, 2ª edición, Ed. Zavalia, pág. 183 y BAEZA, Carlos R.: “Cuestiones políticas. El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema”, Ed. Abado de Rodolfo Depalma, Bs.As., 2004, pág. 241.-

² Ver, en este sentido, S.T.J. Mendoza, en pleno, in re: “Partido Socialista – Junta Electoral de la Provincia s/. inconstitucionalidad”, 08/07/1959: “No encontrándose previsto expresamente el recurso de revisión en contra de las resoluciones de la Junta Electoral, el mismo no debe otorgarse, pues los recursos extraordinarios deben interpretarse restrictivamente”. Conf., también, S.T.J.Ch., sentencia 196/1991: “Las decisiones del Tribunal Electoral no son apelables ante este Superior Tribunal cuya competencia está limitada por el art. 171 de la Constitución Provincial y el art. 32 de la Ley Nro. 37 Orgánica de la Justicia”.-

³ Esta postura, por ejemplo, es la que señala Juan Carlos GUERRA en su artículo “Régimen electoral en la Provincia del Chubut”, publicado en el Diario “El Chubut” del día 20 de abril de 2011, pág.10. Para otros defensores de esta posición, en cambio, el Tribunal Electoral es un órgano auxiliar del Poder Judicial y ejerce funciones jurisdiccionales, no pudiendo –en consecuencia– admitirse recurso alguno por cuanto los mismos no están reglados en el ordenamiento jurídico.-

⁴ Éste argumento fue, inclusive, uno de los utilizados por el Tribunal Electoral de la Provincia del Chubut para denegar el llamado a elecciones complementarias.-

⁵ Se ha dicho, en este sentido, que “la judicialización de la política” conduce casi inevitablemente a la “politización de la justicia”, transformando el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una “judiciocracia” (S.C.Catamarca, 17/10/86, “Unión Cívica Radical c/. Provincia de Catamarca”, en J.A. 1987-IV-281).-

⁶ Acuerdo Plenario N° 3930/11 de fecha 15 de febrero de 2011 dictado en los autos caratulados: “FRENTE PARA LA VICTORIA s/ Plantea Recurso (Expte. N° 22.211 - F° 23 - Año 2011 - Letra F.-

⁷ S.T.J. Ch., in re: “Partido Justicialista s/. recurso c/. resolución N° 66/11 T.E.P.”, sentencia de fecha 31 de marzo de 2011.-

⁸ GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut”, T.II, Ed. FB, Esquel, 2009, pág. 406.-

⁹ www.chaco.gov.ar/TribunalElectoral/Institucional.htm

¹⁰ SESIN, Domingo Juan y PÉREZ CORTI, José María: “Organismos electorales”, Ed. Advocatus, 2006, págs. 111 y 112.-

¹¹ Hay que recordar, en este sentido, que el Poder Judicial también realiza actos administrativos y actos de naturaleza legislativa (acordadas), como así también que el Poder Legislativo –por ejemplo– también efectúa funciones jurisdiccionales en el caso del juicio político.-

¹² Ver Acuerdo Extraordinario Plenario Nro. 3930/2011. Ver, también, Cám. Apel. Noroeste del Chubut, Esquel, in re: “Partido Acción Chubutense y otro c/. Tribunal Electoral Provincial s/. acción de amparo”, sentencia de fecha 4 de marzo de 2011.-

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J.: “La judicabilidad y la legitimación procesal en materia de derechos políticos, y de cuestiones electorales y partidarias”, en E.D. 152-792.-

¹⁴ Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mostrado reacia a conceder jerarquía constitucional a la garantía de la doble instancia más allá del plano penal (ver Fallos 310:1424 y sus citas; Fallos 323:2357, entre muchos otros), hay que destacar que tal posición contrasta con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que las garantías previstas en el art. 8.2 de la CADH—entre ellas, la doble instancia— debe ser aplicada a todos los fueros (conf., al respecto, BAZÁN, Víctor: “Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales”, E.D., Suplemento de Derecho Constitucional, 19 de abril de 2011, pág. 2). Por lo demás, cabe recordar que la Corte ha admitido desde antiguo que cabe la apelación extraordinaria respecto de pronunciamientos de funcionarios y organismos no judiciales, cuando se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales, siempre que no exista recurso ante los tribunales judiciales. “Se procura así—concluía el Máximo Tribunal— la preservación y no la extensión de la competencia de esta Corte, el mantenerla respecto de resoluciones detraídas al conocimiento judicial”. Ver, en este sentido, Fallos 285:410).-

¹⁵ Fundamentos dados por los apoderados del Frente para la Victoria en los distintos recursos presentados ante el Superior Tribunal de Justicia con motivo de las elecciones señaladas.-

¹⁶ En este sentido es elocuente la resolución n° 01/90 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos 9768, 9780 y 9828 referidos a México, de la que se desprende que los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica deben habilitar un recurso efectivo ante un tribunal judicial para garantizar el ejercicio de los derechos políticos (conf. BIDART CAMPOS, Germán J.: “Una resolución sobre derecho electoral en el sistema interamericano del Pacto de San José de Costa Rica”, en E.D. 148-210.-

¹⁷ Ver, en este sentido, S.T.J. Corrientes, 17/1/1993, “Apoderado y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza s/. acción constitutiva de tipo cautelar”, en E.D. 152-673 y BIDART CAMPOS, Germán J.: “Los derechos humanos y la legitimación procesal” (primera parte), en E.D. 152-784.-

¹⁸ “Se configura una grave ofensa del orden constitucional local y de los principios que el art. 5° de la Constitución Nacional impone a las provincias resguardar—dijo la Corte Suprema de Justicia— si el tribunal omite examinar la cuestión sustancial sometida a su conocimiento, vinculada al cumplimiento de las normas constitucionales que regulan la aplicación del sistema representativo republicano en el ámbito provincial referentes a la designación de gobernador y vicegobernador; limitándose a invocar normas de rito, ajenas a los temas de derecho público sujetos a su decisión” (C.S.J.N., 26/12/1991, “Electores y apoderados de los Partidos Justicialista, UCR y Democracia Cristiana s/. nulidad de elección de gobernador y vicegobernador” (voto del Dr. Eduardo Moliné O’Connor), en Fallos 314:1915).-

¹⁹ C.S.J.N., 03/04/1986, in re; “STRADA, Juan L. c/. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, en E.D. 117-589, con nota de Germán BIDART CAMPOS: “Las vías provinciales previas al recurso extraordinario”.-

²⁰ C.S.J.N., 01/12/1988, in re: “Di Mascio, J.R.”, en E.D. 131-385, con nota de Germán BIDART CAMPOS: “Toda cuestión constitucional federal en procesos tramitados ante tribunales provinciales debe ser resuelta por el Superior Tribunal de Justicia”.-

²¹ Ver, en este sentido, DURANTE, Alfredo L.: “Control de legalidad y de razonabilidad en las decisiones de la Junta Electoral Bonaerense”, en E.D. 121-99 y “Revisión judicial de las decisiones de la Junta Electoral Bonaerense”, en E.D. 119-406); MORELLO, Augusto Mario: “Sentencias definitivas, reenvío y control constitucional en materia electoral”, en E.D. 146-881; VEGARA, Omar A. y CARELLO, Luis A.: “La doctrina ‘Strada’ y la multiplicación de las instancias”, en E.D. 125-787 y BIDART CAMPOS, Germán A.: “¿Deben y pueden cumplir los Superiores Tribunales Provinciales decidir causas con cuestiones federales cuando no hay recurso local que los haga competentes?, en E.D. 134-534, entre muchos otros. Ver también los fallos dictados en las causas

'Acción Chaqueña' (E.D. 144-452); 'Pacto Autonomista Liberal' y 'Partido Demócrata Cristiano de Córdoba' (E.D. 144-360).-

²² *Cám. Nac. Cont. Adm. Federal, Sala I, 16/04/1998, "Marengo, Guillermo Julio c/. Estado Nacional".-*

²³ *Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 22 de enero de 1993.-*

²⁴ *C.S.J.N., "C.L., G.", 25/03/2006, en J.A. 2006-IV-440.-*

²⁵ *Ver voto del Dr. Pleger en el fallo del S.T.J. por la nulidad de la Mesa 174, sentencia de fecha 8 de abril de 2011.-*

²⁶ *CSJN, 2/11/95, "Unión Cívica Radical s/. nulidad Junta Nacional Electoral", en J.A. 1997-I-345.-*

²⁷ *Fallos 9:314.-*

²⁸ *DURANTE, Alfredo L.: "Revisión judicial en las decisiones de la Junta Electoral Provincial", en E.D. 119-407.-*

²⁹ *S.T.J.Ch., "Frente para la Victoria s/. plantea recurso", Expte. 22.211-23-2011, sentencia de fecha 4 de marzo de 2011: "las resoluciones dictadas por las juntas electorales provinciales en materia de su específica competencia no son revisables por vía del recurso extraordinario federal".-*

³⁰ *C.S.J.N., 13/5/1993, "Alianza Frente de la Esperanza".-*

³¹ *CSJN, 13/5/93, "Alianza Frente de la Esperanza".-*

³² *S.T.J.Ch., 4/3/2011, "Frente para la Victoria s/. plantea recurso", Expte. n° 22211/2011.-*



VISIÓN DEL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LIBERTAD Y LA TECNOLOGÍA EN EL SIGLO XXI (DEL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA AL PARADIGMA DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA)

POR MANUEL PIZARRO: ABOGADO (UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA). DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES POR LA UNIVERSIDAD DE MENDOZA. POSGRADUADO EN DERECHO MERCANTIL, DE SOCIEDADES Y CONCURSAL, Y EN DERECHO CIVIL EN LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE MADRID. PROFESOR ADJUNTO POR CONCURSO Y RESPONSABLE DE LA CÁTEDRA RECURSOS NATURALES-RÉGIMEN JURÍDICO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA SAN JUAN BOSCO. ES SECRETARIO DEL JUZGADO FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. HA SIDO DISERTANTE EN CONGRESOS Y JORNADAS DE DERECHO. ES AUTOR DE NUMEROSOS ARTÍCULOS DE SU ESPECIALIDAD.



“Mi gloria es vivir tan libre
como el pájaro en el cielo...”
José Hernández/Martín Fierro

INTRODUCCIÓN

La intención del presente artículo en modo alguno persigue, como bien comprenderá el lector, el agotar un tema esencial a la naturaleza humana como es su libertad. Es que intentar sintetizar el análisis de la libertad, desde una visión sociológica también puede desembocar en un contrasentido, pues el hombre como tal, encuentra en su diaria existencia y en algunos casos en su supervivencia, la lucha constante por la libertad misma.

Esa libertad, resulta ser un derecho humano fundamental desde diversos puntos de vista, sea su libertad individual, su libertad ciudadana, su libertad laboral, educacional, sexual; y en atención a la temática que se abordará en este artículo, la libertad sobre datos sensibles, personales, privados, etc., es decir aquellos datos que con la sola presión de una tecla en un equipo informático puede transmitirse de modo instantáneo a miles de otras personas en diferentes partes del planeta con o sin la voluntad de la o las personas que resulten ser los titulares de esa información sensible.

Y si bien, puede hoy decirse sin hesitación que existe un derecho a la intimidad informática consagrado desde la CN (arts. 18 y 19) y el bloque de constitucionalidad conformado por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art.75 inc. 22 de la CN), como así también a partir de la legislación infra constitucional, es del caso señalar que a partir de ese derecho a la intimidad informática se presenta en forma dinámica una nueva dimensión de la libertad un nuevo paradigma al que denominados paradigma de la libertad informática.

Esa libertad informática como una modalidad del derecho natural a libertad del que goza el hombre exige responsabilidad, pero esta responsabilidad no llega al extremo de ser una obligación, ello es así pues, al tratarse el derecho tutelado de la libertad cabe considerar esa responsabilidad como propia de la persona física o jurídica amparada y radica en la previsión de conducirse con prudencia en materia de acceso, uso y difusión por medios informáticos de datos sensibles propios o de terceros.

DESARROLLO

1. De la libertad individual a la libertad de una Nación y a la libertad del hombre frente al Estado.

Escribir en una muy prieta síntesis de nada más ni nada menos que del desarrollo histórico de la libertad, de por sí impone un desafío que en modo alguno puede agotarse en estas palabras, y que sólo tiene como real finalidad el constituir un disparador, o presentar tal vez una acotada visión.

Y es que la libertad como nota distintiva del ser humano en su dimensión individual o social importa nada más y nada menos que hablar de la naturaleza humana en sí misma.

Puede decirse, al menos en mi humilde entender, que el paradigma de la libertad surge a partir de la denominada esfera íntima del hombre –y de la mujer desde ya para evitar todo tipo de lingüística discriminación- dado que esa esfera íntima constituyó y constituye el ámbito absolutamente intangible de la protección de la vida privada.

Este principio, que fuera acuñado en el derecho inglés clásico se encuentra en las palabras pronunciadas en el año 1793 por Willian Pitt en su discurso en el parlamento cuando proclamara que: *el hombre mas pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del Rey. Su casa puede ser frágil y precaria, su piso puede temblar, el viento puede soplar y entrar, la tormenta puede entrar al igual que la lluvia dentro de esa humilde casa, pero el Rey de Inglaterra ni sus fuerzas pueden entrar en ella sino es con la anuencia del dueño de la casa o la orden de un magistrado*¹.

La libertad puede a su vez considerarse como un bien individual y a la vez colectivo, y de allí que, cuando los pueblos pierden sus libertades pierden parte de su identidad y cuando la recuperan, recuperan definitivamente esa identidad.

Por ello, y los argentinos podemos hablar con conciencia de lo que hemos pasado, los gobiernos de facto cuando interrumpen la vigencia de la Constitución intentan a partir del cercenamiento de las libertades individuales y colectivas que sea el pueblo en su conjunto el que pierda su identidad.

Y ha sido una regla de la historia de la humanidad, el considerar que la escasez de bienes ha sido el origen de conflictos entre hombres y entre naciones, y a la par las principales construcciones dogmáticas y filosóficas se han elaborado cuando había constricción de bienes.

Así, cuando escaseo la libertad individual y la libertad en si de los pueblos hubo conflictos, y allí surgieron, inmortales, las maravillosas construcciones dogmáticas de las constituciones modernas, escritas o no escritas. Por ello puede decirse que la historia del hombre se permitió a partir de la escasez de la libertad y por supuesto a partir del sacrificio de miles y miles de personas del genero humano, el poder fundar, sentar y construir de forma ininterrumpida los verdaderos estatutos de la libertad.

Esa libertad, no sólo es la considerada en su dimensión individual que desde ya tiene como centro al ser humano sino que también la que considera a la libertad de toda una nación tal cual fue la idea de nuestros próceres de mayo.

Pero se debe admitir que existe a la par un grado mayor de entender la libertad y es la libertad del ciudadano ante el poder estatal omnímodo, la que nos convierte de habitantes de un país en ciudadanos de la Nación.

Sobre la fecha de nuestro bicentenario recordábamos a Juan Bautista Alberdi al celebrarse el día del abogado, el bicentenario de la Revolución de Mayo y de su natalicio, nos dice Alberdi el 24 de Mayo de 1880: *“El Estado no ha sido hecho para hacer ganancias, sino para hacer justicia, no ha sido hecho para hacerse rico, sino centinela y guardián de los derechos del*

hombre". "La libertad individual –afirma- es el límite sagrado en que termina la autoridad del Estado. La libertad de la patria –afirma- es la independencia respecto de todo país extranjero. La libertad del hombre es la independencia del individuo respecto de su propio país" ².

2. El paradigma de la libertad informática.

Y en sí, la libertad constituyó en los prolegómenos del constitucionalismo moderno un verdadero paradigma y hoy si bien las constituciones modernas han consagrado y tutelado la libertad a partir de síntesis de garantías, derechos y acciones constitucionales, en esa hazaña eterna de la libertad que aún continúa en este siglo XXI nos obliga a introducir la consideración del paradigma que representa justamente esa evolución conceptual de libertad.

Ahora bien, la pregunta surge nítida ¿que es un paradigma?. Bien puede señalarse que un paradigma es un status anterior a la regla no es la regla misma sino que es una constante evolución hacia aquella; el paradigma es el producto de la permanente interpretación del hombre que lo reconoce como parte de su obra; cada obra humana, cada tema nosotros lo vemos conforme a nuestra interpretación y evolución.

Y aquí se nos presenta el nuevo paradigma de la libertad que hace a la protección de datos personales, nuestros datos que nos pertenecen a nosotros o a nuestros familiares directos o a nuestras amistades, esa protección necesaria ante el avance incontenible de la tecnología.

Y permítaseme puntualizar la paradoja, esa tecnología ha nacido de la mente libre del hombre, y seguirá desarrollándose como hasta ahora a ritmos vertiginosos y sin techo apreciable.

Los desarrollos de la informática y de las comunicaciones han cambiado el mundo, borrando fronteras, anulando distancias y comprimido los espacios temporales. Hoy minuto a minuto millones de informaciones se procesan y se comunican en un universo virtual, con millones de usuarios conectados a una red cuyos alcances -por la multiplicidad de contactos y vinculaciones- resultan muy difíciles de precisar.

Esas informaciones en forma de "datos" fluyen en ese "nuevo espacio" de carácter virtual, denominado "ciberespacio", y, gracias a los procesos de tratamiento de que son objeto y a la fluidez de las comunicaciones, resultan aprovechables por los interesados de todo el planeta.

¿Podemos hoy desconocer el avance y el poder que se genera en las denominadas redes sociales informáticas?, ¿podemos desconocer que el Presidente de la Nación más poderosa de la tierra, Barack Obama basó gran parte de su campaña y votos a través de esas redes.

¿Podemos hoy desconocer el inmediato intercambio de información que en las distintas redes se presentan, y lo que es más podemos hoy certificar que esos datos personales que hacen a la identidad, a la situación personal, familiar, económica y hasta moral de la persona son correctos?.

3. La tutela normativa del derecho a la intimidad informática

Esa libertad individual, que a su vez es colectiva y base de la independencia de y entre países; y base de la independencia de los ciudadanos dentro de su propio país, tal cual dejó sentado Alberdi, sin lugar a dudas tiene su adecuada tutela en la Constitución Nacional y el dinamismo de la normativa cabeza del ordenamiento jurídico.

Así, lo deja plasmado el art. 18 de la CN al consagrar la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. Del mismo modo, lo hace el art. 19 de la CN como consagración sublime del derecho a la intimidad; o por caso en los nuevos derechos y garantías sancionados en

la reforma constitucional del año 1994 al consagrar, en lo que aquí interesa, en su art. 43 tercer párrafo la acción constitucional de habeas data, acción constitucional de amplia receptación en las diferentes constituciones provinciales y leyes.

Es que la libertad individual desde una de sus aristas referidas a los datos personales de los individuos y también de las personas jurídicas es tutelada por la “Ley de Protección de Datos Personales” promulgada en el año 2000, sus modificatorias y decretos reglamentarios.

Basta como ejemplo el referir que cuando el legislador se refiere a datos personales los define como: *información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas de existencia ideal determinadas o determinables* (conf. art. 2 de la Ley 25.326).

Es decir dentro de la esfera de los datos personales se encuentran sin distinción desde datos que pueden ser considerados nimios como ser a que club de fútbol, tenis o natación pertenece, hasta datos realmente sensibles como ser por caso identificaciones personales, direcciones, grupo o grupos de personas a las que se esta relacionadas, etc..

Y en el caso de la personas jurídicas también, desde productos o servicios ofrecidos al mercado como aquellos en etapas de desarrollo, etc.,.

Queda claro que para el legislador todos los datos personales tienen requieren protección y a la vez tutela legal.

Y no puede desconocerse que hoy, esa libertad como naturaleza intrínseca del hombre también se ve en cierta medida amenazada o cuanto menos influida por los avances tecnológicos que también son producto de la actividad racional del hombre.

Y aquí entonces retomo refiriendo que existe un nuevo paradigma de libertad y de la intimidad a partir de la incontrollable catarata de datos personales que en especial la tecnología informática ha universalizado, ese novel paradigma moderno de la libertad es el que algunos doctrinarios han dado a llamar como el derecho a la “intimidad informática”.

101 —

4. Apostillas sobre el derecho a la libertad informática

Molina Quiroga ha señalado que: “...el control de la información personal está relacionado con el concepto de autonomía individual para decidir, hasta cierto límite, cuándo y qué información referida a una persona, puede ser objeto de procesamiento (automatizado o no), por lo que también se ha denominado a la protección del dato personal, autodeterminación informativa, e incluso libertad informática”³

Al decir de Peyrano: “... el derecho a la intimidad, que alumbrara en el mundo del derecho con el trabajo publicado por Samuel Warren y William Brandeis en la Harvard Law Review en las postrimerías del siglo XIX, y que puede configurarse como aquel que brinda resguardo a los ámbitos que la persona quiere sustraer del conocimiento y de las injerencias de los demás, adquiere por impacto de los procesos y tratamientos informáticos y por incidencia del desarrollo de las telecomunicaciones, novedosos contornos, y confluye con un novísimo derecho de la personalidad, el denominado derecho a la “autodeterminación informativa”⁴.

Un aspecto que no puede desconocerse es aquel que esta dado por la denominada “virtualización” del envío de mensajes de texto, actividad que de por si se ha expandido exponencialmente, y su utilización se ha generalizado en todo el orbe, no abundaremos demasiado en los aspectos técnicos de este instrumento de comunicación virtual, “que fue diseñado para permitir una comunicación fluida, sencilla y a bajo costo”.

Basta con recordar que el mismo permite el envío de mensajes de

remitentes a destinatarios, desde y hacia casillas de correo, que constituyen a su vez domicilios electrónicos de unos y de otros.

El remitente de un correo electrónico envía los mensajes a un servidor (utilizado por su proveedor de servicios), y a través de este servidor se remiten a los servidores de sus destinatarios, quienes a su vez deben conectarse con sus propios servidores para recibir dichos mensajes.

El intercambio de “correos” se concreta entre los usuarios, a través de una red de ordenadores interconectados por diversos medios (cable LAN, internet, CompuServe).

Estos mensajes, concretados en formatos de texto, pueden a su vez incluir archivos de otros formatos, lo que permite la remisión de imágenes, sonidos, videos, programas informáticos.

Los usuarios (remitentes y destinatarios) utilizan esos servicios sin conocimiento de todos los proveedores implicados en los mismos.

Su única certeza radica en la identidad de los proveedores que les permiten la conexión a la red y que les prestan los servicios de correo electrónico en cualquiera de sus modalidades (webmail, etc.).

Diversas problemáticas genera este difundido medio de comunicación en orden a garantizar la preservación del derecho a la intimidad de sus usuarios.

¿Cómo saber si esos mensajes que circulan en el universo virtual no pueden ser conocidos por otros? ¿Cómo tener la certeza de que no se haya accedido a los mensajes, y eventualmente se los haya utilizado para finalidades ajenas a las previstas por el remitente? ¿Cómo determinar que las demás informaciones que se generan a consecuencia de la remisión y recepción de mensajes electrónicos son empleadas sin el consentimiento de los usuarios?

A partir del nacimiento de la World Wide Web, las cuestiones legales vinculadas con internet han despertado un gran interés en numerosos juristas especializados de las más variadas disciplinas: privacidad, derechos de propiedad intelectual, impuestos, contratos electrónicos, libertad de expresión, etc. Muchas fueron las cuestiones jurídicas que merecen un análisis diferencial, ese análisis diferencial, en todos estos temas, tenía un punto en común: la incertidumbre acerca de cuáles eran las reglas aplicables a una determinada situación que se producía no ya en el mundo “real”, sino en el mundo “virtual”.

Dado que internet es una red informática mundial en la que los usuarios de cualquier país pueden conectarse las veinticuatro horas del día, no queda en claro un aspecto esencial para la aplicación de la norma jurídica: ¿qué ley rige las relaciones jurídicas que se suceden en la mega red?

5. El devenir de la jurisprudencia nacional en materia de derecho a la intimidad informática

Puede decirse hoy que “la persona que se conecta a internet tiene la posibilidad de ser encontrada en por lo menos tres lugares al mismo tiempo: (a) el lugar donde está conectada la computadora que es utilizada para navegar en internet; (b) el lugar donde la computadora ha accedido a internet; y (c) el territorio virtual denominado “ciberespacio”. En virtud de ello, es muy fácil encontrar a un navegante de internet en diferentes estados y países al mismo tiempo”⁵.

Por eso, cuando estamos frente a un conflicto originado en internet resulta bastante complicado determinar cuál es la ley aplicable al caso.

Y el derecho debe dar una respuesta a este nuevo paradigma, desde la sanción legislativa y desde su eficaz y oportuna aplicación y desde la solución judicial del conflicto.

La jurisprudencia nacional en esta materia se encuentra en plena etapa de desarrollo, y respecto de “intromisiones” de este tipo, cabe recordar que en un principio no fueron consideradas delito por algunos tribunales la Justicia Nacional, y en consecuencia se había resuelto que: *“El indebido acceso a una cuenta de correo electrónico, mediante la utilización de un mecanismo tendiente a sortear la clave, y la posterior presentación en un juicio civil de información que se encontraba archivada en esa cuenta, no encuadra en el delito de violación de correspondencia consignado en el art. 153 CP, pues lo violado no fue una correspondencia, sino simplemente datos almacenados en una casilla de correo”, y que “No incurre en el delito consignado en el art. 157 bis CP quien ingresa indebidamente a una cuenta de correo electrónico y revela la información almacenada pues la casilla de correo ‘hackeada’ y los datos dados a conocer no constituyen ni una base de datos personales ni la revelación de la información registrada en un sitio de esas características”* ⁶

Así otra causa fallada en el año 1999 se sostuvo que “...corresponde equiparar... al correo electrónico -e-mail- con el correo tradicional, dado que aquél posee características de protección de la privacidad más acentuada que la inveterada vía postal, en tanto que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse...” ⁷. Es de destacar que los fallos citados establecieron que tanto el artículo 153 con el art. 155 del Código Penal, han dejado abierta la descripción típica a los “despachos de otra naturaleza” y a cualquier “otro papel privado”; pudiendo considerarse equiparado entonces el correo electrónico a la correspondencia tradicional, por lo cual pretorianamente muchos tribunales penales han dejado sentado que. “la interceptación de correos electrónicos es un delito y sólo puede hacerse con orden de juez competente y a los fines de una investigación penal” ⁸.

103 —

Esta jurisprudencia y creación pretoriana luego fue superada en el año 2008, al momento del dictado de la Ley 26.388 que modificó a su vez el anterior art. 32 de la Ley de protección de datos personales 25.326 incorporando distintos artículos al Código Penal, describiendo allí las conductas típicas que ameritan la persecución penal en la comisión de los denominados “delitos informáticos”.

Los llamados delitos informáticos, tal el nomen iuris adoptado por el legislador han sido incorporados al último párrafo del art. 77, sustituyendo los arts. 128, 153, 155, 157, 157 bis 184, 197 y 255 y el epígrafe del Capítulo III, del título V, del Libro II; incorporando los art. 153 bis, el inc. 16 al art. 173 y el segundo párrafo al art. 183, todos estos del CP.

6. Las intromisiones no deseadas o invasiones al derecho a la intimidad informática

Otro aspecto a considerar, es el caso de los mensajes de múltiple destinatarios denominados spam o spamming -subespecie de arrebato autoritario de invasión de espacios-, porque todos debemos confesar que recibimos a diario muchísimos mails colectivos, ni que hablar de las verdaderas indagatorias telefónicas a las cuales somos sometidos cuando se nos ofrecen tarjetas de crédito, de débito o debemos hacer un reclamo y nos exigen los datos, sin importar si quienes los aportan son nuestros hijos que circunstancialmente atienden el teléfono.

Este verdadero acoso que sufre quien recibe este tipo de mensajes puede vulnerar su espacio íntimo, a modo de ejemplo en los Estados Unidos, el envío de propaganda por correo tradicional (escrito) se generó cierta jurisprudencia que limitaba este tipo de actividades por considerarlas como

violatorias de la privacidad del destinatario, lo cual pudo luego utilizarse como precedente para las actividades de spamming informático ⁹.

Con la llegada de la World Wide Web, similares estándares fueron aplicados a la publicidad en internet. Así, en 1996 se resolvió el caso “Cyber Promotions Inc. v. America On Line, Inc.”, en el cual se reconoció el derecho de proveedor (ISP.) a impedir el envío de propaganda no solicitada, y al año siguiente una solución similar fue adoptada en “Compuserve Inc. v. Cyber Promotions Inc.”.

Luego de estos dos precedentes, en los EEUU se dictaron nuevos fallos y a la vez que se comenzaron a discutir posibles normativas (tanto a nivel estadual como federal). En el ámbito estadual, algunas legislaturas sancionaron normativa específica. Así lo hizo el Estado de Virginia, que a fines de 2003 inició un proceso criminal contra Jeremy Jaynes y Richard Rutowsky, quienes fueron imputados en una causa penal iniciada por supuestos actos de spamming. El Estado de Virginia previamente había aprobado una ley antispam con sanciones que contemplan hasta penas de cinco años en prisión y multas de hasta U\$S 2500, o ambas. Aparentemente Jaynes operaba una dirección de e-mail bajo el nombre de “Gaven Stubberfield”, que era considerada como la octava cuenta de spamming más importante del mundo. También se les imputó a los acusados haber participado en los ataques de spam que afectaron a unos 100 mil usuarios de AOL durante julio y agosto de 2003 ¹⁰.

Otro ejemplo de regulación del spam a nivel estadual puede encontrarse en California, cuya Legislatura sancionó una ley específica en septiembre de 2003, con multas que iban desde U\$S 1000 a 1 millón ¹¹.

Entre nosotros, y como explica Palazzi en la sección doctrina de JA-2004 I -920, con igual fundamento al que la jurisprudencia norteamericana desarrolló en función de la posibilidad de que los ISP o titulares de los servidores de Internet (en especial de correos electrónicos), se opusieran a la distribución de correos electrónicos por medio de sus servidores, creemos que en la Argentina existe un derecho de propiedad que ampara esta decisión del ISP. de no distribuir correos electrónicos.

Es que el servidor goza de derecho de propiedad que corresponde al ISP y a partir de ello puede usar, gozar y disponer de la propiedad, lo que incluye decidir qué correos distribuirá, asimismo por la naturaleza jurídica de internet, que no es un servicio público no existe ninguna obligación legal de transportar correos ajenos, de ahí que la posibilidad de filtrar a priori el correo molesto es una medida de defensa de su propiedad y de sus usuarios que está destinada a proteger la performance de los servidores de la empresa lo que tiene clara incidencia comercial.

Por ende, si el envío de correos no solicitados persiste, el ISP, podría entonces solicitar el cese de la conducta mediante una orden judicial, incluyendo un pedido de astreintes frente al incumplimiento.

El problema del acoso, molestia, invasión a la privacidad por medio de comunicaciones masivas, a través de un sistema de comunicaciones ya se había planteado con el sistema telefónico. Desde antiguo existe un caso decidido en nuestro país con relación a los inconvenientes que ocasiona el uso excesivo de un teléfono y la necesidad de indemnizar los daños ocasionados, este caso ocurrió en 1943 cuando una empresa en la zona de Rosario comenzó a prestar un servicio telefónico de informes sobre espectáculos e información sobre la hora oficial, el cual difundía publicidad previo a dar el informe, y fue tal el éxito del servicio que en 24 horas recibió 18.800 llamadas. Esto produjo una sobrecarga del sistema y serias perturbaciones al servicio telefónico de la zona. En el caso, el problema llevaba a tener que optar entre el servicio público de la ciudad o la propa-

ganda comercial, la Cámara al fallar da la impresión de entender que la compañía telefónica sabía que otorgar ese servicio a ciertas personas ocasionaría un trastorno, como había ocurrido en otras oportunidades ¹².

Más próximo en el tiempo, en el 2003 se falló en la causa “Spam”¹³, y en la misma el tribunal interviniente dictó la primera medida cautelar en un caso de *spamming*, apoyándose en lo dispuesto por la ley 25.326, tras interpretar la ley, el juez que resolvió el caso entendió que el afectado tenía derecho a acceder a sus datos y a solicitar ser removido de la base en la que se encontraba dicha información.

7. La aplicación del art. 1071 bis del CC como tutela del derecho a la intimidad informática

Queda por último analizar que más allá de la legislación imperante esto es la “protección de datos personales” (ley 25.236) y la ley 26.388 que incorpora los delitos informáticos al CP, puede en su caso recurrirse a la aplicación del art. 1071 bis del CC en defensa de la vida privada.

El art. 1071 bis, establece que: “el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

El art. 1071 bis es una norma que bien podría decirse que es tecnológicamente neutra pues enuncia una serie de medios, para terminar diciendo “...de cualquier modo su intimidad”; y en tal sentido esto permitió aplicarla a llamados telefónicos molestos y debería permitir, en mi opinión, aplicarla al correo electrónico no solicitado.

Así, la norma se utilizó para hacer cesar la recepción de llamados molestos e indeseados, ya en una sentencia de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca se concluyó que: *...”las llamadas que el demandado realizaba al actor eran susceptibles de causarle molestias y violaban su derecho a la privacidad. Es más, la Cámara sostuvo que el simple llamado telefónico violaba la privacidad, aunque sea silente y aunque no llegue a reunir los caracteres de inmisiones del art. 2618 del CC”* ¹⁴.

A este precedente habrá de sumarle otros donde se concluyó que llamadas telefónicas molestas son susceptibles de alterar la intimidad ¹⁵.

Del mismo modo en la causa “Szewc c/Carrefour”, se hizo lugar a una demanda estableciendo que Carrefour S.A. había violado la privacidad del actor al permitir que este último fuera molestado en su domicilio por llamadas telefónicas de aquellas personas que pretendían comunicarse con el hipermercado, ya que en sus tickets y facturas figuraba erróneamente el teléfono del actor. El tribunal sostuvo: *“Si las reiteradas llamadas telefónicas equivocadas quedaban grabadas en el contestador automático durante las horas en que el titular de la línea estaba ausente, por lo que la escucha de las mismas se hacía con posterioridad, y su contenido era de igual especie que el de las audiencias inmediatas y directas, debe considerarse que afectaron de modo semejante su privacidad”* ¹⁶.

Lo anterior, permite establecer una analogía con el correo electrónico, donde la comunicación no es inmediata, siendo este caso más grave aún, pues el usuario de internet siempre debe leer el correo no solicitado para poder descartarlo.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci, recuerda el caso de una empleada

doméstica que utilizaba el teléfono de sus empleadores para hacer llamadas en forma anónima y de ese modo se entrometía y perturbaba la vida privada de otra persona ¹⁷

De lo anterior se sigue que, los mensajes recibidos por medio de correo electrónico, si son numerosos y contrarios a la voluntad del titular, pueden causarle molestias e inconvenientes que alteren su tranquilidad, y, en tal sentido, se encuentran amparados por el citado art. 1071 del CC bajo análisis.

Ahora bien desde otro costado habrá de decirse que el art. 1071 del CC tutela a la persona física y a la de existencia ideal como ser una persona jurídica, por ello el titular de un ISP o un servidor, en la mayoría de los casos una persona jurídica al no poder invocar esta norma deberá recurrir a la ley 25.326 de Protección de Datos Personales que ampara a ambas clases de personas.

8. ¿El derecho a la libertad informática puede categorizarse como bicéfalo?

Queda por ultimo también reflexionar que forma parte de ese derecho a la intimidad informática -como manifestación actual de un aspecto de la libertad-, la obligación de conducirnos con prudencia y recaudos a la hora de acceder al mundo virtual, conocer que esos datos personales que yo o alguien de mi entorno familiar muchas veces, conciente o inconscientemente, vierten luego pasan a formar parte de base de datos desconocidas.

Esta particular indiferencia y hasta falta conciencia en no pocos casos ha llevado a sostener, a alguna parte de la doctrina al referirse al derecho a la intimidad informática, que parece obvio que dadas las particularidades técnicas del correo electrónico, quienes lo usan están renunciando de hecho a una protección minuciosa de su intimidad ¹⁸.

Desde ya humildemente no comparto la tesis de Colautti, la cual además circunscribe al año 1999 en el que fue vertida; y no la comparto pues la renuncia a un derecho, en el caso del derecho a la intimidad informática, debe ser expresa.

Tengo para mi que no puede confundirse una falta de atención, control y hasta muchas veces debemos asumir falta de conocimientos de quienes somos usuarios permanentes o circunstanciales de esta tecnología invasiva, con una renuncia a derecho exigible de raigambre constitucional y con específicas normativas infra constitucionales.

Creo que al respecto, cabe traer aquí a reflexión lo que los clásicos del derecho civilista han conceptualizado como la regla a la cual debe acudir para conducirse con prudencia ante distintas situaciones que requieren justamente esa virtud, consagrando el aforismo sintetizado en las *prudentes acciones del buen padre de familia*.

Y vaya la coincidencia en la relación paterno filial del aforismo, pues nuestros hijos en la mayoría de los casos resultan expertos operadores cibernéticos de las diferentes paginas web y diariamente nos dan clases de como “ingresar y navegar en el ciber espacio”, pero y aquí va la reflexión esto no quita que conozcamos y le transmitamos a nuestro hijos el sentido del uso responsable de la libertad, en el caso particular la libertad informática.

CONCLUSION

Cabe a modo de conclusión recordar que en el desarrollo histórico de la libertad a la cual me he referido, ya bien decía Von Ihering *en la lucha eterna por el derecho como su base se erige constantemente la hazaña de*

la libertad, y la libertad como carácter intrínseco y derecho natural del hombre es y ha sido la lucha del hombre.

Hoy se nos presenta este nuevo paradigma de nuestros días el paradigma de la libertad informática, esta libertad debe ser vivida con naturalidad y con la responsabilidad que esta conlleva, pero siempre considerando que el derecho humano a la libertad es el mayor bien y la condición más preciada del hombre.

Notas:

¹ LASSON, Nelson B., "The history and development of the fourth amendment to the United State Constitution", Ed. Baltimore University Press, 1937, pag. 49-50.

² Discurso escrito por Juan Bautista Alberdi y leído por su discípulo el día 24 de mayo de 1880 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, durante el acto de colación de grados realizada para otorgarle el Título de Miembro Honorario.

³ Molina Quiroga, Eduardo, "Protección de datos personales como derecho autónomo: principios rectores. Informes de solvencia crediticia: uso arbitrario. Daño moral y material", 7, 8 y 9/5/2003.

⁴ PEYRANO, Guillermo F. El derecho a la "intimidad informática". Garantía de la privacidad personal en los entornos virtuales de las comunicaciones electrónicas.

JA 2007-IV-1313.

⁵ Siddiqi, Assad, "Welcome to the city of bites", New York International Law Review, 05 de enero de 2001

⁶ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Correccional n. 9, 11/4/2007, LL del 30/7/2007,

⁷ Autos Lanata, Jorge... C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 4/3/1999, LL 1999-C-458. Planteado recurso de queja, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 12-05-2000 rechazó el mismo.

⁸ Autos Lanata citado, LL 1999-E-70, con nota de Marcelo A. Riquert; Fernández Delpech, "Internet; su problemática jurídica" cit., ps. 232, 233 (el apoderamiento indebido de correspondencia enviada a través del correo electrónico puede encuadrarse, prima facie, en los arts. 153 y 155 del CP); C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 1/3/2001, "Rocca Clement, Marcelo" JA 2002-IV-síntesis.

⁹ "Central Hudson Gas & Electric Co. v. Public Service Communications", 447 US. 557, 1980.

¹⁰ Ver Hansell, Saul, "Virginia indicts 2 under Antispam Law", "The New York Times" del 12/12/2003.

¹¹ DJ 26/9/2003

¹² LL 30-526

¹³ DJ 26/9/2003 (citado)

¹⁴ Autos: "Arredo v. Araujo", C. Apel. Bahía Blanca, 25/9/2001, ED 197-331.

¹⁵ Ver, entre otros, C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 15/6/1999, "W. A. C. v. F. D.", JA 2000-II-409

¹⁶ C. Nac. Civ., sala E, 9/10/1997, "Szewc, Andrés v. Carrefour Argentina S.A." JA 1999-II-339.

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Un presupuesto de responsabilidad del comitente (teléfonos e intimidad)", LL 1993-D-64.

¹⁸ COLAUTTI, Carlos, "La libertad de expresión y el espacio cibernético", LL, 1999-C-458

HACIA UNA JUSTICIA COMPRENSIBLE

POR SANDRA BRUN: LICENCIADA EN LETRAS Y MAGISTER EN PSICOLOGÍA COGNITIVA Y EDUCACIÓN. COORDINADORA DE DISEÑO Y PRODUCCIÓN DE MATERIALES EN PROGRAMAS DE EDUCACIÓN RURAL Y DE ADULTOS. ESPECIALISTA EN PRODUCCIÓN ESCRITA, CONTRATADA POR EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT.



El estado provincial, a través de la Ley Provincial N° 5442" Carta de Derechos de los ciudadanos" expresa: "Todos los ciudadanos tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles para sus destinatarios, empleando una sintaxis y una estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico".

Esta Ley fue sancionada en nuestra provincia el año 2006. Sin embargo la preocupación por utilizar un lenguaje jurídico-administrativo más comprensible para el ciudadano común se ha iniciado en el resto del mundo hace unos 50 años. Los países anglosajones fueron los primeros en modernizar y simplificar el lenguaje de los documentos escritos por reclamos de los consumidores que veían vulnerados sus derechos. Fue entonces cuando las distintas asociaciones de consumidores empezaron a exigir que la legislación se escribiera en un estilo llano y accesible a todos.

Dos hechos determinaron que el movimiento hacia un lenguaje llano se institucionalizara en EE.UU: en el año 1975, el Citibank de Nueva York reescribió sus formularios de préstamos para adaptarlos al nuevo estilo y en el año 1978, el presidente Carter ordenó que "todas las regulaciones más importantes fueran redactadas en un inglés llano y comprensible para todos los que las tenían que cumplir"¹. Este fue el origen de un movimiento hacia un lenguaje más comprensible para el ciudadano.

Este movimiento ya está en marcha y en muchos países ya se ha consolidado. Hacia fines de los 80 y en los inicios de la década de los 90 se sumaron países como España, Italia, Francia, Canadá y Suecia. Sin embargo, cabe aclarar que el camino recorrido no estuvo exento de obstáculos. En este último país, por ejemplo, cuando la oficina del Ministerio de Justicia inició la tarea de simplificar el diseño de distintos documentos, algunos lo interpretaron como "un atentado contra el lenguaje jurídico", pero el Parlamento finalmente lo aprobó y se fue consolidando un trabajo interdisciplinario entre juristas y lingüistas que aún hoy continúa.

Como ven, el movimiento hacia una justicia más comprensible se va afianzando en muchos estados como respuesta a una demanda social. Se trata de atender el derecho que tienen los ciudadanos de comprender lo que se necesita para desenvolverse en una sociedad democrática.

Nuestra provincia ha iniciado ese camino hacia una justicia comprensible. Las bases están construidas y las condiciones institucionales se están dando. La preocupación por mejorar la producción escrita fue asumida por las autoridades y los funcionarios. El Superior Tribunal de Justicia ha llamado a conformar equipos interdisciplinarios del que formo parte como lingüista y, recientemente, se ha incorporado una especialista en Educación. Esto demuestra el interés por adecuarse a los nuevos tiempos

y responder a las demandas sociales. Coherente con ello es la voluntad política de ofrecer asistencia técnica especializada.

En mi caso se trata de brindar ayuda técnica en un clima de trabajo colaborativo, en un espacio que brinda la posibilidad de formación profesional sistemática. En este marco estoy desarrollando un proyecto para atender a las dificultades de escritura detectadas en el proceso de redacción de los textos jurídicos que se producen en el Superior Tribunal.

ESCRIBIR EN EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

Antes que nada, conviene aclarar qué entendemos por escribir para que podamos compartir los mismos significados.

Escribir es un trabajo complejo que involucra distintos procesos cognitivos, desde los más sencillos como aplicar una regla ortográfica hasta los más complejos como otorgar coherencia global al texto. Escribir es más que transcribir información. Al escribir también producimos conocimiento, construimos nuestra identidad como autores, y establecemos una relación con el lector con quien compartimos una visión del mundo.

En el caso del ámbito jurídico, escribir es, además, un acto en el que se deciden cuestiones que muchas veces comprometen la vida de las personas. Los textos jurídicos son textos institucionales con una gran carga de poder. En un ámbito como el Superior Tribunal de Justicia tienen una fuerza de poder que llega en algunos casos, como en el veredicto del tribunal, a modificar de un modo contundente la realidad de alguno de los interlocutores: se los absuelve o se los condena. Por la fuerza con que son emitidos se fundamenta su estudio y análisis lingüístico. Este es uno de los argumentos, que creemos válido, para promover un dominio adecuado del lenguaje en el contexto jurídico.

En el sentido que venimos exponiendo, si bien para la mayoría de los profesionales calificados es necesario un dominio de la escritura acorde al desempeño y complejidad de su función, para el caso de los profesionales de la justicia, el lenguaje se transforma en una herramienta constitutiva esencial para el desempeño de su función. Al decir de E.J. Couture “Vocabulario Jurídico, 1983, p. 45 “Las palabras son al Derecho lo que el cuerpo humano es a la anatomía o a la fisiología. ¿Concebiríamos a un cirujano que anduviera a tanteo entre los tejidos del organismo que opera, o a un fisiólogo que no actuara con absoluta precisión sobre el organismo que él debe examinar para acrecentar su ciencia? Y sin embargo, el jurista anda frecuentemente a tanteo con las palabras, que son la anatomía y fisiología de la ley”.

Por otra parte, si entendemos que aprender a escribir es un proceso que atraviesa la vida de las personas y no una habilidad que se adquiere en la escuela para siempre, no nos parecerá extraña la formación continua en la producción escrita. Se trata de un conocimiento instrumental que acompaña nuestra actividad profesional y nos facilita su desarrollo. En este sentido el dominio de la escritura nos da poder.

En efecto, los abogados redactan sentencias, recursos, denuncias para los cuales han recibido escasa formación sistemática. Más bien, han aprendido de su práctica y de acuerdo con las tradiciones que son parte de su cultura profesional. Las dificultades a las que se enfrentan son comunes a otros escritos profesionales aunque hay algunas que son particulares de los textos jurídicos. La heterogeneidad de lectores, la terminología propia y la funcionalidad variada del texto según el contexto son ejemplos de las características compartidas con otros textos profesionales.

En cuanto a las características específicas de los textos jurídicos,

podemos nombrar la tendencia a la formalidad, el lenguaje prescriptivo, el carácter arcaizante, el uso excesivo de gerundios, la exhaustividad y poco poder de síntesis para reducir al mínimo la pluralidad de significados.

Ahora bien, como expusimos, conocer los mecanismos de la escritura nos da poder individual y colectivo pero también lo otorga a otros en la medida en que los textos producidos se hacen accesibles. Esta última dimensión del dominio de la producción escrita se relaciona con el proceso de comprensión de los textos jurídicos, en el sentido de que para hacer efectivo el otorgamiento de poder debe haber una intencionalidad democrática de facilitar la comprensión de las leyes a la ciudadanía en general.

Para finalizar quisiera citar una frase de Daniel Cassany, de quien soy deudora intelectual en este trabajo (1995) “Sólo las personas que tienen acceso a la información pueden participar de la vida pública, cívica o cultural. Los párrafos confusos, las frases complicadas y las palabras raras dificultan la comprensión de los textos, privan a las personas del conocimiento y, por lo tanto, las inhiben de sus derechos y deberes democráticos”.

BIBLIOGRAFÍA

BELLUSCIO, Augusto, *Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

CASSANY, Daniel, *Afilas el lapicero, Guía de redacción para profesionales*, Barcelona, Anagrama, 2007.

—————, *La cocina de la escritura*, Barcelona, Anagrama, 1993.

PARDO, María Laura, *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*, Buenos Aires, CEAL, 1992.

ROCCATAGLIATA, Clara, *Hacia una modernización del lenguaje jurídico* (Sin publicar).

Notas:

¹ Citado por Cassany Daniel, *La cocina de la escritura*, Anagrama , Barcelona, 1993.





LA SEGURIDAD, UN PROBLEMA DE ADMINISTRACIÓN FUNCIONAL TRANSVERSAL

POR ALEJANDRO BUSTOS: LICENCIADO EN ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS, FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN JUAN. MAESTRÍA EN GESTIÓN EMPRESARIA, FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA, SAN JUAN BOSCO. ES ADMINISTRADOR DE LA OFICINA JUDICIAL DE TRELEW (POR CONCURSO), DEPENDIENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT. PROFESOR UNIVERSITARIO. HA DICTADO DIVERSAS CONFERENCIAS Y CURSOS SOBRE SU ESPECIALIDAD.

Los artículos periodísticos, notas, discursos de políticos, etc. que he visto o he leído en los últimos tiempos hacen referencia a que el problema de la inseguridad o seguridad se debe a la: Política, Policía, Justicia, falta de empleo, crisis económicas, falta de educación, todos ellos con un diagnóstico parcial o de alguna institución que generalmente está más destinado a descargar la culpa en terceros, que en presentar un verdadero diagnóstico.

DESOCUPADOS	SUBOCUPADOS	JUBILADOS Y PENSIONADOS	ACTIVIDAD AGROPECUARIA	INDUSTRIA	SERVICIOS	ONGs	PODER EJECUTIVO				SEGURIDAD	PODER LEGISLATIVO	PODER JUDICIAL
							SALUD	EDUCACION	ECONOMIA	OTROS			

Un problema es transversal, cuando afecta a todos los niveles de decisión y a todos los integrantes de una empresa, institución o comunidad ¹.

Para poder resolver un problema transversal, sea del tipo que sea, en una organización pequeña o en un Estado, es necesario previamente realizar un diagnóstico organizacional, del que seguramente surgirán inconvenientes, que no puede resolver una persona o un sector de la institución o del Estado, sólo se podrá solucionar si el diagnóstico es correcto y se involucran todos los estamentos de esa organización o sociedad para llevar adelante las acciones que correspondan.

Para el caso de la seguridad, a nivel de gobierno provincial, debería conformarse un grupo interdisciplinario, con sede en la Legislatura, apoyado por un equipo de especialistas en presupuesto participativo y en seguimiento de proyectos, con integrantes del Poder Ejecutivo y Judicial, los que deberán indefectiblemente entrevistar, encuestar al cliente demandante de la seguridad, es decir “los ciudadanos”, sin dejar de lado las asociaciones civiles, vecinales, cámaras de comercio, industrias, colegios de profesionales etc.

¿Porqué debe ser en el ámbito de la Legislatura? Porque es el equivalente a la comisión directiva del club, que representa al socio y debe dar las órdenes al gerente y no el gerente a la comisión directiva ². El Poder Legislativo es el órgano político por excelencia ³, es el que representa al pueblo y tiene a su cargo el control de gestión ⁴ y como se mencionó antes,

deben ser convocados los otros dos Poderes, promover la plena participación, generar el compromiso de cambio y el seguimiento del proceso.

LIMITACIONES

Aunque el diagnóstico detecte todos los problemas, la solución seguramente no podrá ser completa, algunas de las soluciones pueden estar por encima de sus posibilidades de cambio (por. Ejemplo: modificar leyes nacionales, acciones que deberían emprender instituciones de seguridad Nacionales etc.) aunque se podría solicitar la colaboración de las mismas.

EJEMPLOS DE PROBLEMAS QUE DEBEN SOLUCIONARSE EN OTROS ÁMBITOS

Sabemos que una parte del problema de la seguridad está asociado a de educación y la salud, hoy tenemos sistemas de control, evaluación de los docentes y alumnos, pero no se ha estudiado el tema de la salud de los alumnos, no existe un catastro de la salud de la población infantil, el único catastro de salud de la población que existía, se realizaba sólo a los varones al momento del ingreso al servicio militar y fue dejado de lado.

Muchos de los problemas de conducta de los alumnos de primaria y secundaria se deben a razones de salud, pero no estudiados, ni asumidos como políticas de Estado, por ejemplo; diversas enfermedades son producto de hongos y parásitos, que generan comportamientos mal diagnosticados, que se convierten en estigmas en esos pequeños, que con el correr del tiempo podrán llegar a ser “problemáticos, maleducados, delincuentes, etc”⁵.

Siempre me llamó la atención que muchos papás llevan a sus mascotas dos veces al año al veterinario para que las desparasiten y a sus hijos, que juegan con esas mascotas en el mismo patio, nunca los desparasitan. No deseo profundizar en medicina, pero por ejemplo el parásito de la “toxoplasmosis” produce en los seres humanos un cambio en la química del cuerpo, que les hace perder el miedo⁶, por lo tanto se vuelven audaces o bravucones, o la “clostridia” que genera en los intestinos tantas sustancias tóxicas que hace que las personas se alteren, su conducta se vuelva errática y pierda la concentración⁷, o la “candidiasis crónica” (en España ya existe una Asociación para tratar de mejorar el tratamiento de esta enfermedad <http://www.candidiasiscronica.org/>) que cuando se enquistada en el intestino⁸ produce alcoholes tóxicos y opiáceos naturales (péptidos) como la “casimorfina y gladiomorfina”⁹, por lo tanto los chicos además de excitarse, se distraen y llegan a tener alucinaciones, en casos extremos, pueden volverse autistas, o esquizofrénicos.

La pregunta es ¿como los docentes pueden manejar estas situaciones de inconducta si desconocen el problema de origen y no están relacionados con las áreas de salud pública para encontrar la solución?. A lo que hay que sumar el problema de las mascotas, gatos y perros sueltos o no controlados que abundan en las ciudades. Por lo tanto hay que involucrar en el diagnóstico a Zoonosis, Veterinarios, Agricultura, Ganadería, etc. etc.

EJEMPLOS DE INSERCIÓN O REINSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL

En una oportunidad, ante un caso de un adolescente que había cometido un delito, escuche a un juez decir “...han fallado los padres, la escuela, las instituciones y quieren que me haga cargo del adolescente, como si yo lo

pudiera adoptar, para resolverles los problemas de educación, trabajo y reinserción social...”

De ésta expresión diagnóstica surge, no sólo lo que ha fallado, sino que muestra que no se ha trabajado en conjunto o coordinadamente, en las instituciones correspondientes, para lograr una inserción o reinserción de las personas en riesgo antes del delito o en el caso del delito, en las medidas de probation, libertad condicional, etc.

EJEMPLOS DE TEMAS EDILICIOS

Las instituciones carcelarias y comisarías con lugares de detención, suelen estar excedidas de población carcelaria (de personas), en muchos casos sin Sentencia, sin el adecuado control judicial, por lo tanto al planificar nuevas instituciones carcelarias, debería pensarse en separar a los que están bajo un proceso de investigación y los condenados, las comisarías no deberían tener detenidos etc. etc..

Los edificios de de Tribunales, por razones de seguridad, no deberían tener bajo el mismo ámbito a Fueros Civiles conjuntamente con el Fuero Penal.

Por lo tanto los edificios destinados al Fuero Penal, deberían construirse en las afueras de las ciudades, lejos de toda escuela, con un área para la Fiscalía, otra para la Defensa, otra para los Jueces Penales, otro sector para la Oficina Judicial y sus Salas de Audiencias. Colindante o en sus proximidades debería existir una Alcaldía y el Cuerpo Médico correspondiente para que ahí sólo se alojen los detenidos, mientras dura el proceso penal y a disposición de los jueces, con plena cercanía a los defensores. En el caso necesario de participar de audiencias los traslados no tendrían casi riesgo, ni costo, y se manejaría con un mínimo personal policial, además debería disponer de los lugares apropiados para el servicio social, que le permita hacer el seguimiento de las personas bajo proceso, para que al momento de su liberación se hayan puesto en marcha las medidas sanitarias y de reinserción adecuadas.

La Alcaldía para personas condenadas debería contar, con un espacio para las áreas de Ejecución Penal, para que sus profesionales puedan entrevistarse con los condenados (sin traslados) antes de entrar en libertad condicional y comenzar el trabajo de reinserción en forma anticipada.

Para lograr esto, es necesario que no sólo trabajen los sectores de Arquitectura del Poder Ejecutivo y Judicial en conjunto, sino que deben estar integrados por especialistas en seguridad, policía, penitenciarios, profesionales del sistema de salud, de las áreas sociales, educación, urbanismo, desarrollo económico, de transporte de pasajeros, etc.

EFFECTOS SECUNDARIOS

Un importante efecto secundario, pero no menos relevantes, será que si bien el diagnóstico organizacional estaría orientado a resolver el problema de la seguridad, va a detectar inconvenientes de todo tipo, que son necesarios resolver para poder lograr el objetivo, si se resuelven también serán de manera positiva y definitiva.

EJEMPLOS DE EFECTOS COLATERALES POSITIVOS

Si sabemos que la falta de empleo es una de las causales de la inseguridad, por lo tanto el equipo debe mirar a quién le corresponden las políticas de trabajo en la provincia, se encontrarán que existe la Secretaría de Trabajo y que además las políticas de Desarrollo Económico (que incluye el desempleo) se toman en otro Ministerio, por lo tanto actualmente es casi imposible que se junten el diagnóstico con la solución, por ello con este diagnóstico organizacional, estimo que previamente debería reestructurarse el área de Trabajo, bajo la dependencia de Desarrollo Económico.

Colateralmente surgirá a su vez, que Desarrollo Económico tiene a su cargo una serie de áreas tales como Bosques, Pesca, Minería, Agricultura y Ganadería etc. que por un lado extienden los permisos de explotación y a su vez tienen el poder de Control y Sanción mediante sus inspectores, abogados etc. Por un básico principio de Auditoría, las áreas de Control no deben depender de las mismas personas que hacen la tarea, para evitar inconvenientes, corrupción, fallas de seguridad, etc. con ese diagnóstico las áreas de control de esos entes deberían reestructurarse bajo la Dirección General de Rentas u otro organismo fiscalizador.

Estos son sólo algunos ejemplos que nos permiten pensar que, el problema de la seguridad es un problema transversal, complejo y que requerirá de un gran presupuesto, esto último generalmente no es así.

INVERSIONES VERSUS COSTOS Y AHORROS DEL PROYECTO

Las instituciones y las sociedades son como las personas, cuando padecen de alguna enfermedad, deben ser tratadas por los especialistas, tomarse el debido tiempo para el correcto diagnóstico y luego proceder con los tratamientos adecuados, en la mayoría de los casos, esas enfermedades se pueden tratar con remedios muy simples o pequeños cambios de conductas (dieta, caminar, terapia de grupo, etc.) esto es porque los benéficos serán positivos y significativos.

El Estado tiene profesionales de todas las disciplinas, por lo que puede afectar un par, de cada una de ellas, a conformar un grupo de trabajo interdisciplinario para realizar el diagnóstico y no tendría costo adicional.

La mayoría de las áreas ya están conformadas, sólo hay que readecuarlas o reorganizarlas en los sectores correspondientes. Por ejemplo: las medidas sanitarias apropiadas reducen costos, unos antiparasitarios o antifúngicos son absolutamente económicos comparados con los fármacos psiquiátricos o los costos operativos de controlar las personas con problemas de conductas, además deberíamos valorar muy bien, el beneficio que esas personas no sufran el costo personal y social de la discriminación.

Otro ejemplo, cada persona privada de la libertad, le significa al Estado, un altísimo costo mensual de mantenimiento, pero si esa persona sale y se inserta laboralmente, deja de ser un generador de altos costos, para pasar a ser un contribuyente del sistema tributario y de la seguridad social.

Los más importantes montos de inversión se pueden llegar a ver en las inversiones edilicias, que en la mayoría de los casos están obsoletas y seguramente se han planificado reformarlas, nuevas alcaldías, ciudades judiciales etc. Si se construyen previo a este diagnóstico se mantendrán muchos de los actuales errores, si se hacen con las sugerencias del diagnóstico, estas modificaciones perdurarán mucho más en el tiempo y serán más económicas, eficaces y eficientes para sus usuarios, y ciudadanos.

Cabe destacar que, como el equipo también estará integrado por docentes primarios, secundarios y universitarios, un ítem que surgirá y será el principal generador de gastos de inversión, van a ser las necesidades de capacitación y la mejor forma y momento de llevarlos adelante.

PUESTA EN MARCHA UN PROYECTO

De las soluciones propuestas por el equipo, la Legislatura, deberá seleccionar políticamente las más apropiadas y deberán ponerse en marcha, mediante un grupo de expertos, bien liderados por una persona que sepa integrarlos y con experiencia en manejo de grupos y trabajo en equipo.

En la mayoría de los casos, serán cambios legislativos, traslados de algunos sectores a otras dependencias (costos de mudanzas y algunas refacciones) y la implementación de nuevas técnicas de gestión tales como Gestión y creación de valor, CRM (gestión de relaciones con los clientes o Customer Relationship Management), Benchmarking, Seis-Sigma, Work-Flow, Gestión de costos basado en actividades, Sistemas de información, Calidad Total, entre otras.

Medidas que permitirán detectar los puntos de captura de datos para llevar estadísticas, sectores que deben incorporar puntos de control, sectores de diversas áreas que deberán mantenerse en contacto y comunicados etc. que le permitirán al Gobierno llevar un tablero de comando y control, para realizar los ajustes necesarios, basados en información precisa y oportuna.

Estos cambios, inmediatamente generarán incrementos de ingresos o importantes reducciones de costos.

CONCLUSIÓN

Desde las Ciencias de la Administración pensamos que, los problemas transversales de una sociedad, ya sean de seguridad, invalidez, jubilación y tercera edad, capacidades diferentes, etc. sólo se podrán solucionar, con un adecuado diagnóstico organizacional por parte de un equipo interdisciplinario con la participación y consulta a los integrantes de la sociedad involucrados el diagnóstico organizacional.

Las propuestas de solución integrales que surjan, para el caso Seguridad, deberían tomarse como una política de Estado, liderada por sus representantes Legislativos e implementada por los Poderes Ejecutivo y Judicial, mediante grupos de expertos, bien liderados, y con el constante control de gestión de la Legislatura.

Notas:

¹ ADMINISTRACIÓN FUNCIONAL TRANSVERSAL Dr. Juan José Alberto Mejía Correa Ph. D.

² Artículo 5 Constitución Provincia del Chubut.

³ Artículos 124 y siguientes de la Constitución Provincia del Chubut.

⁴ Artículo 135 Inc. 8 Constitución Provincia del Chubut.

⁵ <http://www.higiene.edu.uy/guihelmint.pdf> Helimatides Intestinales, Departamento de Parasitología y Micología, Instituto de Higiene, Facultad de Medicina, Universidad de la República – Uruguay – 2003. Investigación de la Organización Panamericana y Mundial de la Salud.

⁶ http://www.laverdad.es/murcia/prensa/20070405/sociedad/parasito-toxoplasmosis-capaz-controlar_20070405.html

⁷ <http://es.scribd.com/doc/50386414/Toxinas-de-Clostridium-perfringens>

⁸ <http://www.candidiasiscronica.org/candidiasis%20cr%20nica%20por%20cala%20h.htm>

⁹ <http://www.greatplainslaboratory.com/home/span/candida.asp>



ELEGIA

POR MIGUEL HERNÁNDEZ

**En Orihuela, su pueblo y el mío, se
me ha muerto como el rayo Ramón Sijé,
con quien tanto quería.**

Yo quiero ser llorando el hortelano
de la tierra que ocupas y estercolas,
compañero del alma, tan temprano.

Alimentando lluvias, caracolas
y órganos mi dolor sin instrumento,
a las desalentadas amapolas

daré tu corazón por alimento.
Tanto dolor se agrupa en mi costado,
que por doler me duele hasta el aliento.

Un manotazo duro, un golpe helado,
un hachazo invisible y homicida,
un empujón brutal te ha derribado.

No hay extensión más grande que mi herida,
lloro por mi desventura y sus conjuntos
y siento más tu muerte que mi vida.

Ando sobre rastrojos de difuntos,
y sin calor de nadie y sin consuelo
voy de mi corazón a mis asuntos.

Temprano levantó la muerte el vuelo,
temprano madrugó la madrugada,
temprano estás rodando sobre el suelo.

No perdono a la muerte enamorada
no perdono a la vida desatenta,
no perdono a la tierra ni a la nada.

En mis manos levanto una tormenta
de piedras, rayos y hachas estridentes
sedienta de catástrofes y hambrienta.

Quiero escarbar la tierra con los dientes,
quiero apartar la tierra parte a parte
a dentelladas secas y calientes.
Quiero minar la tierra hasta encontrarte
y besarte la noble calavera
y desamordazarte y regresarte.

Volverás a mi huerto y a mi higuera:
por los altos andamios de las flores
pajareará tu alma colmenera
de angelicales ceras y labores.
Volverá al arrullo de las rejas
de los enamorados labradores.

Alegrarás la sombra de mis cejas,
y tu sangre se irán a cada lado
disputando tu novia y las abejas.
Tu corazón, ya terciopelo ajado,
llama a un campo de almendras espumosas
mi avariciosa voz de enamorado.

A las aladas almas de las rosas
del almendro de nata te requiero,
que tenemos que hablar de muchas cosas,
compañero del alma, compañero.

-Miguel Hernández- del libro "El rayo que no cesa, 1936.

MIGUEL HERNÁNDEZ (1910-1942)

Nació en Orihuela (España) en 1910. Hijo de campesinos desempeñó entre otros oficios, el de pastor de cabras. De formación autodidacta, puso de manifiesto la intensidad extraordinaria de un poeta sin igual; poderoso y desmesurado, su fuerza no le impidió cuidar la forma de sus composiciones; por el contrario, fue un poeta totalmente consciente de su obra. En sus comienzos, Hernández colaboró con la revista el "Gallo Crisis" que dirigía su amigo Ramón Sijé, a quien dedicó con motivo de su muerte una de las más bellas elegías que se han escrito en lengua castellana. Al poco tiempo publica su primer libro "Perito en Lunas" (1933). Fue un hombre que asimiló de manera grande la poesía de los clásicos españoles, aún los de mayor complejidad. Ya en Madrid traba relación con Vicente Alexandre, Jorge Guillén, Pablo Neruda, Rafael Alberti y Federico García Lorca. Colaboró en la revista de Neruda "El caballo verde". En 1934 aparece su libro "El silbo vulnerado". Viaja en 1935 a la Unión Soviética en misión cultural. En 1936 publica "El Rayo que no cesa". Luego de la victoria del Frente Popular en España tomó participación activa en las misiones pedagógicas de la República. Al estallar la guerra civil se alista en el 5º Regimiento de Zapadores; esa experiencia marcaría definitivamente su poesía. Publica en 1937 "Viento de pueblo" y "El hombre acecha" (1939). De a poco se fue alejando de los ecos aportados por los clásicos hasta encontrar su propia voz con un vigor sorprendente y aciertos expresivos insuperables. Es tomado prisionero por tropas del franquismo en 1939; escribió en la cárcel "Cancionero y romancero de ausencias" (1938-42); tuvo un largo peregrinar por diversas cárceles hasta morir de pleuresia en la prisión de Alicante el 28 de marzo de 1942. Miguel Hernández además fue autor de numerosas obras teatrales: "Los hijos de la piedra" (1935); "Teatro en la guerra" (1937); "El labrador de más aire" (1939). Su poesía es una de las más altas cumbres de la lírica hispanoamericana.