



ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

AÑO 6 - N° 26 - ABRIL DE 2012

RIVADAVIA Y JONES | TEL./FAX: (0280) 4484723 | E-MAIL: ESCUELA@JUSCHUBUT.GOV.AR | 9103 - RAWSON - CHUBUT - ARGENTINA
HTTP://WWW.JUSCHUBUT.GOV.AR/ESCUELA.HTM

EL REPORTE JUDICIAL

AÑO 6 - N° 26 - ABRIL DE 2012

El Reporte JUDICIAL

DIRECTOR: ALEJANDRO PANIZZI



Robert Grzeszczak

**Protección de los Derechos Fundamentales
en Europa** *Traducción del inglés, por Alejandro Javier Panizzi*

Jorge Pfleger

**Discurso anual del presidente del STJ
ante la Legislatura**

Fernando S. L. Royer

**La Capacitación de los Magistrados
como Garantía de la Independencia
del Poder Judicial.
¿Un Derecho o un Deber?**

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

EL REPORTE

Director

Alejandro Panizzi

Editor

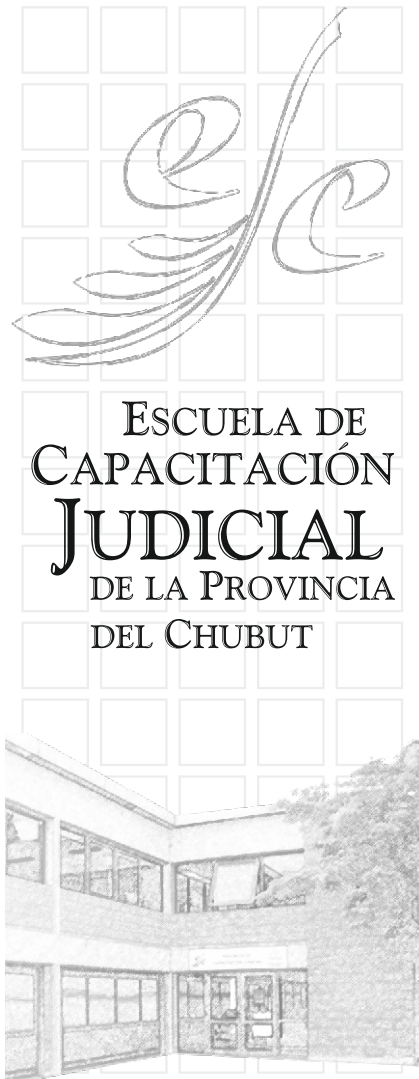
Sergio Pravaz

*Ejemplar Ley 11.723
Registro de la Propiedad
Intelectual N° 241116*

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



Imagen de tapa
Obra de Leonardo Mezzetti.
Título: Cuadro N° 7,
Serie: “Objeto de culto”
Técnica mixta: óleo, madera y piedra.
Año: 2005



Rivadavia y Jones
Tel./Fax: (0280) 4484723
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

Editorial: Dejarnos caer el sol1

Por Alejandro Javier Panizzi

Protección de los Derechos Fundamentales en Europa.....3

Especial para El Reporte Judicial, por Robert Grzeszczak

Traducido del inglés por Alejandro Javier Panizzi

Discurso del Dr. Jorge Pflieger ante la Honorable Legislatura del Chubut,
el 22 de marzo de 2012.....19

Versión Taquigráfica

La Capacitación de los Magistrados como Garantía de la Independencia
del Poder Judicial. ¿un derecho o un deber?.....31

Por Fernando S.L. Royer

Aborto No Punible. Tensiones entre Laicismo y Extremismo Religioso en
Argentina37

Por: Claudia Hasanbegovic, Rocio Oliva y Diana Andrada

La Competencia en el Proceso de Amparo51

Por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

La polisemia del art. 86 del Código Penal62

Por Adrián Eduardo Duplatt

La vulnerabilidad económica y social de las personas, estándar para la
eficacia de los derechos fundamentales.....68

Por Helena Liberatori

Tecnologías de la Información y Gestión
(Gerenciamiento al servicio del Sistema de Administración de Justicia)
Parte I: las TIC's74

Por Guillermo Rafael Cosentino

La obligación de Seguridad en la Ley de Defensa del Consumidor. Los
Eximentes de Responsabilidad a los Locales Comerciales por Delitos
Cometidos por Terceros.....86

Por Diego Martínez Zapata

Crónica: Ateneo de Jueces de Familia de la Provincia del Chubut91

Por Mariela González Vicel

La patria95

Por Julio Cortazar



DEJARNOS CAER EL SOL

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI: DIRECTOR DE EL REPORTE.
VICEPRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.

Caminábamos, mi sobrina y yo, por la vereda de una avenida, en una ciudad cualquiera. A la sombra, el otoño se jactaba de sus primeros fríos pero la remera de ella se rehusaba a olvidar el verano. Lucía tenía frío y se frotaba los brazos. Cuando lo noté, le ofrecí mi suéter. Lo declinó sugiriendo que apuráramos el paso para llegar al sol, en busca de una temperatura templada.

Aún recuerdo esa trivialidad porque la he rememorado con frecuencia. Es que la simple idea de apurar el paso para ganar el sol, predominantemente pragmática, puede ser aplicada a muchas circunstancias de la vida.

Creo, por ejemplo, que el Poder Judicial puede acelerar su marcha para alcanzar el sol que entibia la acera. Para eso está la capacitación, empresa que consiste en la obligatoria necesidad de formar mejores jueces, funcionarios y empleados, al mismo tiempo que permite el desarrollo de sus habilidades y su reentrenamiento. Es una tarea permanente que está a cargo de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia.

La Constitución de los ciudadanos del Chubut, en su artículo 178, le confiere al Superior Tribunal de Justicia la atribución de instrumentar los mecanismos de capacitación y especialización para magistrados, funcionarios y empleados judiciales (inciso 6°).

El Poder Judicial es una organización conservadora. Pero a esta altura de la civilización es imprescindible que sus cuadros sean permeables a la incorporación de cambios tecnológicos y de gestión. La ventajosa y constante formación de las mujeres y los hombres del Poder Judicial, no solamente produce un efecto benéfico –que genera las condiciones propicias para implementar cambios de envergadura–, sino que también repercute a la hora de defender la independencia, de asumir nuestras responsabilidades y de seleccionar y ejercer los valores jurídicos que disponen el ejercicio de la competencia.

La modernización de la administración de justicia exige, imprescindiblemente, modificar muchas técnicas tradicionales de los procesos de trabajo en el Poder Judicial, en aras de una mayor eficiencia y una mejor eficacia. El empleo de nuevos conocimientos técnicos y científicos favorece, naturalmente, el desenvolvimiento del Poder Judicial, pero es preciso que todos los servidores públicos que revistan en él, aprendan la aplicación de las nuevas tecnologías. Para eso, claro, es imprescindible un cambio de mentalidad en los operadores del sistema, transformar ciertos métodos acostumbrados y prácticas muy extendidas, como anteponer la minucia normativa al fenómeno sociológico del reclamo de una mejor administración de justicia. Acabar de una buena vez con las reglas del “siempre se hizo así” y del “nunca se hizo así”.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo

Lorenzetti, aseveró que "... la información es un bien de dominio público." y, por lo tanto, es de toda la sociedad. Las nuevas tecnologías son un instrumento formidable que, además de mejorar la calidad de los procesos de trabajo y la reducción de los tiempos de las causas, permiten la divulgación de la jurisprudencia, de las decisiones administrativas judiciales y el acceso a toda la información concerniente al Poder Judicial.

Estos cambios tecnológicos constantes repercuten en la actividad laboral de la organización del Poder Judicial, lo que hace que los puestos de trabajo sean dinámicos y que todo el elenco de la organización deba ser constantemente capacitado para cumplir con tareas diferentes que requieren las nuevas estructuras.

Lo que se propone la Escuela de Capacitación es un proyecto esencial con un contenido de las actividades para perfeccionar la actividad judicial de todos los fueros. La práctica demuestra que la resistencia al cambio no hace justicia a la hora de salir de los innumerables lodazales donde, recurrentemente, se atascan los procesos judiciales. Una judicatura moderna debe saber cómo hacer valer las garantías fundamentales de los ciudadanos y cómo hacerlo en el menor tiempo posible y de la manera más sencilla.

La Escuela de Capacitación tiene como destinatario a todo el conjunto de las personas que trabajan en el Poder Judicial. La mejora de la actitud, el conocimiento y las habilidades debe estar destinada a todo el personal e involucrar toda actividad llevada a cabo en la organización judicial.

Si la sociedad no cree en sus instituciones, está en crisis. Si se cuestiona la legitimidad del Poder Judicial, es éste a quien le incumbe restablecer la fiabilidad social.

La capacitación permanente de los cuadros judiciales evita la burocratización de las organizaciones tribunalicias. La renovación de los procesos de trabajos es un instrumento de transformación que contribuye a consolidar la confianza social en el Poder Judicial. De allí que el director de nuestra Escuela plantee el interrogante, en esta edición, de si la capacitación es un derecho o un deber.

Para ello, se requiere de una política judicial que priorice la capacitación y un presupuesto adecuado para que la Escuela desarrolle e incremente sus actividades, de modo que éstas lleguen a todos los ámbitos del Poder Judicial, en todas las dependencias de la Provincia del Chubut.

Podemos ser más inteligentes y pragmáticos que antes. No debemos desaprovechar la oportunidad de hacerlo.

El Reporte Judicial crece poco a poco, número tras número. La calidad de los artículos divulgados es formidable. Se incorporaron a sus contenidos artículos de juristas extranjeros. En esta edición, publicamos un trabajo del profesor polaco, doctor Robert Grzeszczak, quien tuvo la gentileza de escribirlo especialmente para nuestra revista.

Cuando se interponen algunas nubes que impiden al Astro Rey despedir su luz con toda claridad y fuerza, tenemos que esforzarnos más para sentirlo fuerte y ardiente.

De todos modos, si caminando hacia adelante, mi sobrina y yo hubiéramos llegado al sol, habríamos quedado calcinados.

Y perplejos.



PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

ESPECIAL PARA EL REPORTE JUDICIAL, POR ROBERT GRZESZCZAK: NACIÓ EN 1974, ES PROFESSOR DE DERECHO EUROPEO Y DERECHO INTERNACIONAL LAW EN LA UNIVERSIDAD DE VARSOVIA, POLONIA. DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE BRESLAVIA, POLONIA. FONDO DE INVESTIGACIÓN INCLUYEN EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA, DERECHO PÚBLICO EUROPEO, LA EUROPEIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. PUBLICACIONES SELECCIONADAS: *THE MULTI-LEVEL AND POLYCENTRIC EUROPEAN UNION*, LIT VERLAG BERLIN-MÜNSTER-WIEN-ZÜRICH-LONDON 2012; *ACCOUNTABILITY AND LEGITIMACY OF EXECUTIVE POWER IN THE EUROPEAN UNION* IN: *STUDIA IURIDICA* 2012, *LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN - QUESTIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES CHOISIES*, BRESLAVIA UNIVERSITY PRESS 2010; *SUBSIDIÄRE DEMOKRATIE. DIE ROLLE DER NATIONALEN PARLAMENTE IN DER EUROPÄISCHEN UNION IM VERTRAG VON LISSABON*, WARSAW-BERLIN: ADENAUER FOUNDATION 2008; *A DEMOCRATIC UNION: CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OR PROSAIC DECLARATION OF INTENT?* IN: *GERMAN LAW JOURNAL*, HEIDELBERG 2006.

TRADUCIDO DEL INGLÉS POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

INTRODUCCIÓN

Este artículo contiene algunas reflexiones acerca del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante: UE), conocido como multicéntrico (de nivel múltiple), el cual no es un sistema jerárquico legal y político, sino que cuenta con una gran cantidad de centros. Desde esta perspectiva, los Estados ya no son el único vínculo entre los ámbitos nacionales y supranacionales.

En la primera parte de este trabajo se presentan brevemente las normas de los sistemas antes citados: el nacional, el de la UE, y el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos (en lo sucesivo: CtEDH). En la segunda parte se analizan las relaciones interrelaciones complejas entre todos ellos. La pluralidad de sistemas que protegen los derechos humanos y los derechos fundamentales es parte de un fenómeno más general de “pluralismo constitucional”, en la actualidad, ampliamente discutido (Ver: Pernice 2009, Avbelj / Komárek “Policentrismo y multicentrismo”, 2008. También: Zielonka 2007, Grzeszczak y Karolewski 2012).

Este artículo ofrece un “inventario” de los distintos regímenes legales de protección de Derechos Fundamentales en los Estados miembros de la UE y los conceptos básicos de justicia en los que esos regímenes deben coexistir.

En primer lugar hay que tener en cuenta que, en la UE y en sus Estados miembros, no existe una definición única de Derechos Humanos¹ y, mucho menos, de Derechos Fundamentales. En este texto se emplea una definición simple, en el sentido de que los Derechos Fundamentales son los que se consideran tales por los tribunales superiores de los sistemas jurídicos.

Los Derechos Humanos están protegidos en Europa, en primer lugar, por las constituciones nacionales. Sin embargo, en 1950, se creó otro estándar: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH)². Desde la década de 1970 ha quedado claro que, en Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (el antecedente de la UE), se aplica un tercer estándar de protección desarrollado por la Comunidad³. Actualmente, el último estándar universal está en *status nascendi*.

A lo largo de este “pluralismo externo”, se percibe un “pluralismo

interno” los estándares que fija la norma de la UE de derechos fundamentales. Éstos han evolucionado considerablemente en forma autónoma en el siglo XXI debido al activismo judicial y político. La CtEDH ha denominado a los Derechos Fundamentales como “los principios que constituyen las bases mismas del Derecho Comunitario”⁴. Los Estados miembros decidieron presentar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Carta), que se materializó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1º de diciembre de 2009. De modo que los Derechos Fundamentales en la UE están protegidos por múltiples normas. Los que comprenden la Carta sientan los principios generales sobre la base de “las tradiciones constitucionales comunes de Estados Miembros y las convenciones internacionales” y, en algunos casos, las normas nacionales de Derechos Fundamentales (Frackowiak-Adamska, 2012, pág. 104).

DIFERENTES ESTÁNDARES Y NIVELES DE PROTECCIÓN EN LA UE

En cada estado miembro de la UE hay, como mínimo, tres niveles (tres estándares) de protección de los Derechos Humanos: el nacional, el supranacional y el internacional (CEDH), cada uno con una carta de derechos y un tribunal específico con jurisdicción para conocer de las demandas. En este sistema de protección múltiple, lo más significativo es que las normas de cada uno de los estándares se superponen.

También existe (aunque sólo potencialmente) un cuarto estándar de garantía: la norma universal, (de las Naciones Unidas), que aún no cuenta con una legislación específica ni un tribunal especial accesibles para las personas. Esta protección universal de los Derechos Fundamentales—todavía en *statu nascendi*— incluye los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el derecho internacional consuetudinario, así como los principios generales del derecho.

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas se encuentran la “Carta Internacional de Derechos Humanos”, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Por otro lado, hay nueve tratados básicos de Derechos Humanos y muchos otros instrumentos universales relacionados con los Derechos Humanos. Éstos son jurídicamente vinculantes para los Estados que los han ratificado.

Las serias limitaciones de este sistema se deben al hecho de que los convenios permiten, en general, las reservas y los protocolos de aplicación, que son, generalmente, opcionales. Se trata de un mero “procedimiento de queja”, mecanismo que permite a individuos y organizaciones presentar quejas sobre violaciones a los Derechos Humanos, ante el Consejo de Derechos Humanos (un organismo intergubernamental dentro del sistema de las Naciones Unidas). Por lo tanto, no diré más, en este trabajo, sobre esta cuestión.

Tanto el sistema nacional de protección, como el de la UE, procuran una protección completa a los derechos fundamentales, para lo cual cuentan, cada uno, con su propio (y más alcanzable) conjunto de normas. Éste es un modo de legitimar los sistemas.

Obviamente, ambos persiguen otros objetivos también: durante años el objetivo principal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (de aquí en más: TJCE) fue avanzar en la integración económica y social), los cuales deben ser reconciliados con los derechos fundamentales y sus cortes. La ambición de la Comisión Europea de Derechos Humanos es más

modesta: establecer normas mínimas que permitan que se acentúe la protección en todos los estados miembros.

La garantía de los derechos fundamentales es un objetivo en sí mismo, ya que el TJCE no intenta asumir un papel más ambicioso que el de actuar como un cuerpo internacional de supervisión, sin ninguna misión adicional (Frackowiak-Adamska, 2012, pág. 106).

EL NIVEL NACIONAL Y ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN

En la UE no existe un estándar nacional único. De hecho, hay veintisiete normas diferentes. Los Estados miembros tienen, simultáneamente, tradiciones comunes y diferentes que se traducen en derechos sociales, leyes de familia, Estado y religión –por mencionar algunos ejemplos–. Son campos donde los veintisiete Estados miembros tienen regulaciones legales diferentes. Los contrastes también se perciben en los diversos modos de salvaguarda de los derechos fundamentales que, en algunos países está a cargo de cortes constitucionales.

La jurisprudencia de estos tribunales constitucionales ha interpretado que la protección constitucional es un umbral “infranqueable” para la ley de la UE. Así ocurrió en Alemania (el célebre caso Solange), Italia (caso Fragd) España y Polonia.⁵

Estos tribunales constitucionales parecen haber asumido que el nivel de protección asegurado por sus constituciones nacionales es más alto que el de la UE.

EL NIVEL EUROPEO (LOS ESTÁNDARES DE LA UE)

5 —

En Europa, la protección de los derechos fundamentales se ha desarrollado en tres fases: la de inexistencia, al principio; la de la protección judicial (entre las décadas del 70 y 90) y la de fuerte consolidación, en el siglo XXI.

Los Tratados Fundamentales no incluyeron ningún plexo de derechos. La iniciativa fue tomada por el TJCE, que declaró en 1969 que “los Derechos Humanos Fundamentales están asegurados por los principios generales de las leyes comunitarias y protegidos por el Tribunal”.⁶

En 1970 el Tribunal confirmó su independencia de los sistemas nacionales: “La protección de tales derechos, en tanto se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada dentro del marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad”.⁷ Durante unos 30 años, esta protección estuvo asegurada, sin catálogo escrito de los derechos, sino por medio de la jurisprudencia del TJCE⁸, que a menudo fue acusado de dar prioridad a las libertades de mercado.

En el siglo XXI los derechos fundamentales comenzaron ser tratados por la UE como “los valores esenciales del proceso de integración” o el corazón de la Unión. Se ha hecho hincapié tanto por los políticos, como por el Tribunal Europeo. Fue incorporada la Carta de Derechos Fundamentales con carácter vinculante para los estados miembros (con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1° de diciembre de 2009). También fue creada la Agencia Europea de Derechos Fundamentales⁹. Esta estableció recientemente, en el caso Kadi, que los derechos fundamentales constituyen la “esencia de la Unión” y son “parte de los fundamentos mismos del orden jurídico comunitario”¹⁰. La importancia conferida por la UE a los derechos

fundamentales se manifiesta desde que obliga a sus socios externos a garantizar un nivel de protección comparable al europeo (Albi, 2009, p. 46-69). Aún la pregunta es si aquéllos cuentan con normas protectorias similares a las de la UE. Una simple mirada a la cuestión nos da la impresión de la versión compleja de una muñeca rusa.

El artículo 2º del Tratado de la Unión Europea (en adelante: TUE) que establece que la UE, entre otras razones, se fundó en la necesidad de respetar los Derechos Humanos. Esta declaración se desarrolla en el artículo 6 del TUE, que señala tres fuentes diferentes de los derechos fundamentales en la UE. En su primer pasaje establece que “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

En su tercer pasaje establece que los derechos fundamentales constituyen principios generales del Derecho de la Unión y determina que tales derechos están “garantizados por el CEDH, tal como resulta de las tradiciones constitucionales comunes, a los Estados miembros”. De modo que hay dos fuentes principales: la Carta y los principios generales del derecho europeo, inspirado tanto en la jurisprudencia de la CEDH, como en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Esta pluralidad de fuentes aumenta aún más porque, en primer lugar, absorbe a otras fuentes de protección (adelante). En segundo lugar, en algunos casos las normas nacionales son aplicadas del mismo modo que las de la UE y, en consecuencia, estas últimas varían de un Estado miembro a otro.

6 LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La Carta de Derechos Fundamentales estandariza el catálogo de derechos fundamentales, dándoles un carácter general. Esta unificación se puede considerar como una expresión de los esfuerzos para introducir un tratamiento igualitario de todos los ciudadanos de la UE, en términos de los estándares mínimos para la protección de los derechos. Por lo tanto, es un elemento que está dirigiendo el desarrollo de la UE hacia una unión centralizada que limitará la diversidad jurídica. Al parecer, la Carta posibilita solucionar problemas jurídicos y crear doctrinas relativas a los derechos fundamentales, de modo uniforme sobre la base de supuestos teóricos, principios y valores comunes. Lo cual, favorecerá la consistencia de todo el sistema europeo, la durabilidad de las soluciones adoptadas en general, y su consolidación en la conciencia jurídica de los ciudadanos de la UE.

La vigencia de la Carta de Derechos Fundamentales unificará el sistema legal de la UE, reforzará el carácter legal de estructuras de integración (juridización), y así activará procesos de constitucionalización. La Carta, como una fuente de las leyes, reforzará el papel de la CtEDH, las tendencias de federalización en UE, y, finalmente, dará “cuerpo” al instituto de la ciudadanía europea.

La Carta, que antes no era vinculante, se convirtió en obligatoria con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, el 1º de diciembre de 2009. Contiene 54 artículos y se refiere a los derechos sustantivos en seis títulos: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Derechos de los Ciudadanos y el Derecho a la Justicia. La Carta es, según V. Reding – Comisionado de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la UE– “...la más moderna codificación de derechos fundamentales del mundo”.¹¹

La Carta es el único instrumento de la materia totalmente autónomo. Sin embargo, se refiere a otras normas. En su artículo 52.3 se corrobora la necesidad de interpretar los derechos de acuerdo con el CEDH: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, el sentido y alcance de esos derechos serán los mismos que los establecidos por dicho Convenio”. Además, en el art.52.4 se establece que: “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con esas tradiciones”.

Algunas pautas de interpretación de la Carta se refieren a otras fuentes de inspiración: el Convenio referido antes, la Carta Comunitaria de los Derechos de los Trabajadores y otros tratados internacionales, así como a la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, la Carta Social Europea, la Convención de Ginebra sobre los Refugiados y la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño (Giorgi, 2009, p.14; Frackowiak-Adamska, 2012, p.114).

De modo que la UE (por razón de la Carta) constituye un sistema multinivel para la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, sería meramente ilusorio, si la Carta no contuviera disposiciones operativas. Como un elemento de Derecho primario de la UE la Carta se aplica directamente, y —como resultado— al menos algunas de sus normas tienen un efecto directo. Esto significa que los individuos serán capaces de invocar las disposiciones de la Carta directamente. Se aplicará en los procesos de interés para la UE ante los tribunales nacionales. Otra cuestión es la posibilidad de solicitar al Tribunal las cuestiones prejudiciales.

El carácter multinivel del sistema de protección de los derechos fundamentales también se manifiesta en la reciprocidad. Es decir, la perspectiva de que los derechos que un individuo puedan hacerse valer ante los tribunales en varios niveles.

Asimismo, los legisladores de los distintos niveles están obligados por el sistema multinivel. Una vez que la Carta entre en vigor, cada iniciativa legislativa en el ámbito de la UE tendrá que ser evaluada desde su perspectiva.

La Carta también influirá en la manera en que los tribunales nacionales e interpretará la legislación de la UE.

LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES Y LAS CONVENCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde el momento de la sentencia en el caso de *Internationale Handelsgesellschaft*, las tradiciones constitucionales comunes y las “directrices de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, en que los Estados miembros han colaborado o son signatarios”, han sido una fuente de inspiración para el CtEDH. Este tribunal ha declarado reiteradamente que el Convenio tiene una significación especial en tal sentido.¹²

El Tribunal de Luxemburgo (TJCE), a menudo, se refiere a las disposiciones del CEDH e, incluso, a las decisiones del Tribunal de Estrasburgo o CtEDH, siguiendo su jurisprudencia en casi todos los casos. Es decir, hay pocos fallos en los que el TJCE se apartó de la jurisprudencia de la CtEDH. Sin embargo, destaca que no concuerda con la interpretación del CEDH hecha por la de Corte de Estrasburgo y se reserva el derecho a ofrecer su propia interpretación de la legislación comunitaria.

Con respecto a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el TJCE no aplica ninguna prueba cuantitativa para analizar las disposiciones constitucionales, sino que las trata más ampliamente y de forma selectiva.

Algunos fallos de tribunales nacionales, en material de derechos fundamentales, reconocen el orden jurídico europeo como base de la derogación de ciertas normas. En tales casos, los derechos fundamentales son incorporados al sistema jurídico comunitario.

No debe confundirse esta situación con la posición de algunas cortes constitucionales nacionales (contrarias al principio de primacía de la legislación de la UE elaborada por el TJCE), según la cual, la legislación secundaria continental, puede ser subordinada a la legislación nacional de la materia.

En este último caso, el control se ejerce en el marco del sistema nacional, por lo que sería un control de actos de un sistema, ejercido por el Poder Judicial de otro distinto.

El punto es que el estándar europeo de derechos fundamentales, incluye a los nacionales (más estrictos), por lo que aquél, en algunos casos, “potencialmente varía de un Estado miembro a otro.” (Frackowiak-Adamska, 2012, p. 109-111).

LOS DERECHOS QUE JUSTIFICAN LA DEROGACIÓN DE LAS LIBERTADES DEL MERCADO COMÚN EUROPEO

Los derechos fundamentales fueron reconocidos por el TJCE como una base legítima para la derogación de las libertades en Mercado Común Europeo, por primera vez en el caso Schmidberger.¹³

El Tribunal de Justicia aceptó que los derechos fundamentales –la libertad de expresión, en este caso en particular– puede justificar las limitaciones de la libre prestación de bienes pecuniarios. Pero, a los fines de este trabajo, el caso más importante es “Omega”, ya que en éste, el fundamento de la excepción no era un derecho protegido por la CEDH, sino por la Constitución de un Estado miembro. El estatus especial que la Ley Fundamental alemana confiere a la dignidad humana justifica la prohibición de un determinado tipo de juego, que está permitido en otros Estados miembros.

El TJCE sentenció que “no es indispensable [...] que la medida restrictiva (de derechos), adoptada por las autoridades de un Estado miembro, se ajuste a una concepción compartida por todos los demás Estados de la UE, en cuanto a la forma exacta en que el derecho fundamental o interés legítimo en cuestión sean protegidos”. Y que: “La prohibición [...] se corresponde con el nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional busca garantizar en el territorio de la República Federal de Alemania”.¹⁴

El mismo razonamiento se presentó en otro caso: “Dynamic Medien Vertriebs” concerniente a los derechos de los niños. El Tribunal de Justicia determinó aquí que “corresponde a los Estados miembros, a falta de una opinión comunitaria armónica, determinar el nivel con el que se intentó proteger los intereses en cuestión”.¹⁵

Estas sentencias reconocen que, en algunos países, ciertas normas nacionales de derechos fundamentales pueden ser más estrictas que las de los otros Estados miembros y aun de las instituciones de la Unión. De lo que se sigue que la UE debe respetar la “identidad nacional”, de acuerdo con el artículo 4 (2) del Tratado de la Unión Europea. Pero, al mismo tiempo, aumenta la incertidumbre y la imprevisibilidad del estándar protectorio del

Derecho Comunitario, ya que los fallos se basaron, en parte, en fuentes divergentes.

Otro ejemplo en el que el sistema de protección de derechos local se entremezcla con el europeo, se encuentra en la posibilidad de que un juez nacional se niegue a reconocer una sentencia proveniente de otro Estado miembro. En tales casos, ¿debería el reconocimiento estar supeditado a una comprobación preliminar del cumplimiento de los derechos fundamentales aplicables en el Estado del tribunal que debe reconocer el fallo? Si la respuesta fuera afirmativa ¿se aplica el estándar de revisión de UE, el de la CtEDH o el Estado miembro que debería reconocer la sentencia?

No hay ninguna respuesta clara en el Derecho Primario¹⁶, que, en general, sólo señala que la cooperación judicial se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución, entre los Estados miembros (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: artículos 81, inciso 1º para casos civiles y 82, inc 1º, para casos penales). Este principio es desarrollado por el Derecho Secundario, que dispone de una amplia variedad de soluciones.¹⁷

En una sentencia reciente (caso C-306/09 I.B v. Consejo, 2010) el Tribunal Europeo de Justicia no respondió el requerimiento de un Tribunal de Bélgica acerca de que “las autoridades judiciales de un Estado miembro deben denegar el cumplimiento de una orden de detención europea, si existen motivos fundados para creer que su ejecución tendría el efecto de vulnerar los derechos fundamentales de la persona interesada, consagrado por el artículo 6, 2 de la decisión marco, en el Estado miembro emisor.

El Tribunal declaró que la respuesta era innecesaria, ya que otras respuestas cerraban la cuestión. La pregunta es si debe prevalecer la regulación del país original o la del Estado que debería efectuar el reconocimiento. Es más que probable que el Tribunal acepte que una infracción a las normas nacionales puede ser un motivo para rehusar el reconocimiento, como también que para ello tuviera en cuenta los estándares nacionales.¹⁸

9 —

EL ESTÁNDAR DEL CONSEJO EUROPEO

Durante más de sesenta años, el CEDH ha sido interpretado por la CtEDH.

Se trata de una norma auténticamente europea –se aplica en cuarenta y siete países del Consejo de Europa, es decir todos los países europeos, con excepción de Bielorrusia–. Esto significa que cada Estado miembro de la UE está obligado por el CEDH.

El CEDH asegura los derechos civiles y políticos de todas las personas dentro de la jurisdicción de los Estados signatarios (no sólo para sus propios ciudadanos). Se trata de una norma relativamente vieja y no exhaustiva de los derechos humanos, pero al mismo tiempo, el “instrumento constitucional del orden público europeo”.¹⁹

Ofrece normas concernientes a “los estándares generales de derechos humanos para el espacio europeo, a los del derecho de petición individual y a la ayuda específica para distinto tipo de violaciones” (Reiss, 2009, p. 293).

La CtEDH no tiene poder para invalidar las normas nacionales ni las sentencias pero, de acuerdo con el artículo 46 del CEDH los Estados “se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en todos los casos en que sean partes”. La ejecución de las decisiones del tribunal es supervisada por el Comité de Ministros.

La CtEDH conoce, aproximadamente, en promedio, unos 1.300 asuntos por año (1.515 juicios en 2009).²⁰

RELACIONES ENTRE LOS SISTEMAS LEGALES

Hay varios tipos de interacción entre los cuatro regímenes. Los actos de un sistema a veces repercuten en alguno de los otros: las resoluciones del Comité Directivo para los Derechos Humanos son aplicadas por la ley de la UE y, a su vez, las directivas de ésta, son puestas en práctica por las leyes nacionales. En aquellos casos de sistemas legales diferentes, se procura que recíprocamente se respete el uno al otro: los tribunales de un sistema intentará no revisar los actos del otro.

Cada sistema, sin embargo, asegura el cumplimiento de sus propios estándares con la revisión de los actos de implementación dentro de su seno. Éste es el caso del TJCE, con respecto a las obligaciones internacionales. Lo mismo ocurre con algunos tribunales constitucionales nacionales, en cuanto al Derecho secundario. Estos últimos, a veces, se consideran competentes para revisar actos nacionales, incluso, en materia de la aplicación la ley continental.

De este modo, la normativa de los Derechos fundamentales es aplicada cumpliendo los requisitos sustantivos de legalidad.

La CtEDH es competente controlar los actos de los Estados miembros, incluso, si tales actos aplican la legislación comunitaria. Sin embargo, la Corte resolvió no ejercer su competencia en esta materia, con fundamento en la presunción de que la UE proporciona un estándar equivalente de protección. Por el momento, no hay ninguna relación entre la legislación de la UE y la CtEDH, sin embargo, ésta puede controlarla indirectamente, mediante la revisión de los actos de cada Estado en la aplicación de la legislación de la UE.

Como no existe ningún tribunal internacional en materia de derechos humanos, que pueda verificar el cumplimiento de la UE, sólo es posible la verificación europea del cumplimiento de los instrumentos universales. La inexistencia de un foro mundial que controle el sistema europeo hace que la revisión deba ser a la inversa.

LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La relación entre el derecho internacional y la UE, en materia de derechos fundamentales, ha sido fundamental en el famoso caso del TJCE sobre "sanciones inteligentes". Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de acuerdo con el Capítulo 7º de la Carta de las Naciones Unidas (concerniente a la lucha contra el terrorismo internacional) congelaron los fondos de determinadas personas y entidades vinculadas con Osama Bin Laden, la red Al-Qaeda y los talibanes. Esas resoluciones fueron adoptadas en el ámbito de la UE por dos razones: primero, por las posiciones comunes y, segundo, por los reglamentos del Consejo.

Algunas personas y entidades incluidas por el Consejo de Seguridad en la lista de terroristas, cuyos fondos fueron congelados por razón de una regulación comunitaria (entre ellos, el Sr. Kadi y la fundación Al Barakaat), impugnaron la medida ante el anteriormente llamado Tribunal de Primera Instancia (ahora: TJCE), alegando una violación de sus derechos humanos fundamentales.

El tribunal tuvo que enfrentar la cuestión fundamental de hasta dónde los tribunales comunitarios son competentes para revisar los reglamentos que incorporan los mandatos de las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (lo cual, daría lugar a un control indirecto de éstas). El Tribunal de Primera Instancia admitió que no debería hacerse, con una sola excepción: que se trate de la revisión de un caso basado en las normas de *ius cogens*, priorizando los derechos fundamentales en primer lugar.²¹

Más tarde, el TJCE anuló las sentencias del Tribunal de Primera Instancia y dio lugar a otra visión de la relación entre los dos ordenamientos jurídicos.²² En sus fundamentos, el tribunal evocó los principios de la UE basados en el estado de derecho y la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. Recordó que los derechos fundamentales “forman parte de los fundamentos mismos del orden jurídico comunitario”, como principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal y que “las medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos no son aceptables en la Comunidad”.²³

El TJCE sentenció que debe garantizar la revisión de la legalidad de todos los actos comunitarios con el prisma de los derechos fundamentales, incluidos los que reconocen la validez de los acuerdos adoptados por el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Con ello, el Tribunal rechazó el argumento de que debe abstenerse de la revisión de este tipo de actos, merced a una protección adecuada de los derechos fundamentales, en el sistema de sanciones establecido por los padres de las Naciones Unidas. Para fallar de ese modo, estableció claramente que el procedimiento ante el Comité de Sanciones de la ONU “...de naturaleza diplomática e interestatal, no ofrece las garantías adecuadas de protección judicial”.

En suma, el TJCE se consideró plenamente competente para revisar todos los actos comunitarios, pero en ningún caso (aún cuando no es una cuestión de *ius cogens*) es competente para revisar las resoluciones del Comité de Sanciones. Esta sentencia fue aplaudida por los partidarios de la protección plena de los derechos fundamentales en la Unión Europea.²⁴ Sin embargo, criticaron el hecho de no tener en cuenta el estándar del derecho internacional (universal) de protección de los derechos fundamentales (Gattini, 2009, p. 213-214).

La saga de Kadi y la cuestión de la relación entre la ONU y la UE en materia de derechos fundamentales no acaba en este punto. Después de esta sentencia del TJCE, la Comisión promulgó una nueva recomendación, incluyendo nuevamente al Señor Kadi en la lista de terroristas, lo que permite conocer su posición de antemano.

Esta nueva recomendación también fue impugnada por el Sr. Kadi. En la sentencia del 30 de septiembre de 2010, el Tribunal General aunque, con reservas, aplicó la receta TJCE, también se tomó la libertad de criticarla. Para ello, afirmó que “como el Tribunal de Justicia sostuvo...—en § 326 y 327 del fallo ‘Kadi’... en principio, la revisión integral” de la legalidad de la recomendación impugnada, a la luz de los derechos fundamentales, rechazando la inmunidad de jurisdicción de los actos comunitarios (que implementan las resoluciones del Consejo de Seguridad), ya que son aplicables las resoluciones del Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Añadió, sin embargo, su propia interpretación creativa de la sentencia TJCE al indicar que “... se trata del mismo caso, al menos, siempre y cuando el procedimiento de revisión operado por el Comité de Sanciones de la

ONU, claramente no ofrece garantías de tutela judicial efectiva, como el Tribunal de Justicia considera en el párrafo 322 del caso Kadi”.²⁵

El Tribunal General citó, en el caso “Kadi”, una fórmula aplicada en el fallo “Solange”, concerniente a que si los derechos fundamentales no son efectivamente protegidos por el sistema de las Naciones Unidas, la Unión Europea ejercerá sus competencias para hacerlo. En el futuro inmediato el TJCE, presumiblemente, tendrá la oportunidad de volver a expresarse sobre el tema (Frackowiak-Adamska, 2012, págs. 111-113).

DOS PUNTOS DE VISTA: EL DE LA UE Y EL DEL CEDH

En eje entre la UE y la CtEDH, la revisión judicial opera de un solo modo. El régimen de Estrasburgo (CtEDH o Consejo de Europa) no cuenta con una regulación propia que pueda ser impugnada ante los tribunales de la UE. Y la propia Corte no es sólo respetada, sino que forma parte del sistema de la UE. Es que, de acuerdo con el artículo 6.3 del TUE, los derechos fundamentales, garantizados por el CEDH, *“constituyen principios generales del Derecho de la Unión”*.

Asimismo, el artículo 52.3 de la Carta de la UE dice: *“En la medida en que esta Carta contenga derechos que correspondan a los garantizados por el CEDH... el significado y el alcance de esos derechos serán los mismos que los establecidos por dicho Convenio...”*. Las normas del CEDH no son revisables por los poderes judiciales de la UE. Sin embargo, el TJCE no cumple con ese postulado ya que, de vez en cuando, hace alguna interpretación sobre derechos fundamentales, discordantes con la jurisprudencia acerca del CEDH.

La CtEDH carece de jurisdicción para comprobar directamente actos de UE. Esta situación debe cambiar en el futuro inmediato. El Tratado de Lisboa había modificado artículo 6.2 del TUE, que establece que la Unión se adherirá al CEDH.

Asimismo, el CEDH ha sido modificado para permitir que las entidades no estatales puedan constituirse en parte. Las negociaciones entre la Comisión Europea y el Consejo de Europa comenzaron el 17 de julio de 2010. La UE probablemente tendrá el mismo estatus que los actuales Estados miembros 47 del Consejo de Europa, lo que significa que tendrá su propio juez, con el mismo estatus y obligaciones que las demás Partes signatarias.

La CtEDH será el órgano competente para revisar los actos de las instituciones y de los organismos sometidos al CEDH. Los individuos podrán demandar a la UE por infringir sus derechos fundamentales después de agotar los recursos del derecho doméstico.

La CtEDH tiene competencia para examinar todas las disposiciones estatales; incluso, de la aplicación (a veces literalmente) de actos de la UE. Esto significaría un control indirecto de los actos de la UE. No obstante lo cual, la CtEDH decidió no hacer uso de su jurisdicción en aquellos casos concernientes a la doctrina de la “protección equivalente” según la cual, los estados pueden transferir poderes a las organizaciones internacionales sin dejar de ser responsables en el ámbito transferido. Así lo declaró en el famoso caso “Bosphorus”.²⁶

Luego agregó que “la acción estatal adoptada en cumplimiento de tales obligaciones legales se justifica siempre y cuando la organización sea considerada relevante para proteger los derechos fundamentales, tanto en lo relativo a las garantías sustantivas como a los mecanismos que ofrece el control de su cumplimiento.”²⁷ De manera que puede considerarse equivalente

a lo que el Convenio establece. Para la CtEDH “equivalente” significa “comparable” y no “idéntico”. El Tribunal consideró que la protección de los derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico comunitario era (en el momento de los hechos) “equivalente” al estándar de protección que fija el Convenio.

A partir de ese momento, una presunción ha gobernado el tema, según la cual, los Estados miembros no deben apartarse de los requisitos del CEDH, cuando cumplan con las obligaciones legales derivadas de su pertenencia a la UE. La presunción también rige en los procedimientos dentro de la UE, en particular, a los procedimientos ventilados en el TJCE.²⁸

Sin embargo, esta presunción puede ser rebatida.²⁹ En algunas circunstancias la protección de los derechos de la Convención podría ser considerada “manifiestamente insuficiente”.³⁰ De tal modo, los Estados miembros podrían ser responsables por actos de la EU (sin embargo, esto no ha ocurrido hasta ahora)³¹. Lo cual, fue confirmado en los casos “Behrami” y “Saramati”, § 151: “La Corte desestimó la cuestión de competencia *ratione personae*, de cara al Estado demandado, a pesar de que el hecho “fuente” impugnado fue una Regulación del Consejo CE, el cual, a su vez, aplicó una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES NACIONALES Y EUROPEAS

En los Estados miembros, la aplicación de las normas europeas, en materia de derechos fundamentales, se limita a situaciones en las que los países actúan en el ámbito de la legislación de la UE. Es decir, sólo si aplican la legislación comunitaria³² o si implementan derogaciones a las libertades del mercado interno,³³ y, presumiblemente, a partir de otros principios fundamentales de la UE (el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros –que surge de la ciudadanía de la UE– y el principio de no discriminación. Las normas que no están vinculadas a la legislación comunitaria, quedan excluidas de las competencias de la UE y están fuera del control del TJCE.³⁴

A pesar de la claridad de la primera lectura de esta definición, hay que hacer dos observaciones. En primer lugar, la Carta de Derechos Fundamentales establece un ámbito más restringido de su aplicación. El artículo 51 (1) dispone que “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a... los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Se ha interpretado que la noción de “aplicación” debe entenderse en el sentido de la jurisprudencia del TJCE. Se trata de un posible punto de discordancia entre los Tribunales Constitucionales y el TJCE.

En segundo lugar, una cuestión muy importante concierne a la ciudadanía de la UE: El mero hecho de tenerla ¿Confiere derecho a un individuo para evocar los derechos fundamentales en todos los ámbitos de competencia de la UE (competencias incluso compartidas)?, ¿o debe existir algún vínculo adicional con la UE? Un caso que se ocupa de la cuestión está pendiente ante el TJCE.³⁵

Según la brillante opinión del Abogado General Sharpstone la primera solución ofrece numerosas ventajas. Aunque no cree que “esa medida pueda ser tomada unilateralmente por la Corte en el presente caso” porque “supondría introducir un elemento abiertamente federal en la estructura del sistema jurídico y político de la UE”.³⁶ Un cambio como ese requiere de un acuerdo político inequívoco de los poderes constitutivos de la UE (sus Estados miembros, véase: Frackowiak-Adamska, 2012, pág. 109).

El TJCE no tiene autoridad directa para invalidar las normas

nacionales que infrinjan los derechos fundamentales de la UE. Sin embargo, puede decidir que un Estado miembro no cumple una obligación que surja de los tratados,³⁷ o puede expresar su opinión sobre estas normas (indirectamente) en el procedimiento preliminar.³⁸ Ambos casos tienen el mismo efecto práctico: el Estado debe compatibilizar su legislación con las normas de la UE.³⁹ Si el estado no cumple con la sentencia del TJCE, puede ser demandado otra vez y el TJCE puede imponer una suma global o el pago de una multa coercitiva (Art. 260 TFEU). Según la conocida jurisprudencia del TJCE, la ley comunitaria tiene primacía ante las leyes nacionales e, incluso, las Constituciones.⁴⁰

En otras palabras, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en su totalidad (dentro del ámbito de aplicación de la legislación continental) deben cumplir con los derechos fundamentales de la UE. Algunos tribunales constitucionales nacionales no aceptan la primacía de la ley de la comunitaria sobre las Constituciones.⁴¹ En consecuencia, surgen dos soluciones jurídicas contradictorias. Pero, en la práctica, el TJCE analiza también las disposiciones constitucionales nacionales y los Estados las cambian sin tener en cuenta las incompatibilidades con la legislación comunitaria que ha detectado el TJCE o los tribunales constitucionales.⁴²

La pregunta es si los tribunales nacionales tienen facultades para revisar los actos de Unión Europea a la luz de los derechos fundamentales nacionales. Si miramos la jurisprudencia TJCE, la respuesta, claramente, es negativa. Así se declaró en el famoso caso “Foto-Frost”⁴³ y más tarde repitió reiteradamente que “... los tribunales nacionales no tienen competencia para invalidar las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias”. Según el TJCE, “... las divergencias entre los tribunales de los Estados miembros, en cuanto a la validez de los actos comunitarios, pueden poner en peligro la propia unidad del ordenamiento jurídico comunitario, en detrimento de la exigencia fundamental de seguridad jurídica”.

Sin embargo, la posición adoptada por algunos tribunales constitucionales nacionales es diferente. Especialmente el italiano, el alemán, el español y el polaco previeron el control de la legislación secundaria a la luz de los derechos fundamentales de la legislación nacional. La conocida posición de los casos de Alemania, determina que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción para revisar la legislación comunitaria, en caso de violación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución alemana (Solange I).⁴⁴ El tribunal no ejercerá su jurisdicción mientras la protección equivalente sea provista por la ley de la UE (Solange II). El Conseil Constitutionnel francés rechazó la revisión de un acto del Parlamento, implementando directivas comunitarias, con el fundamento de que ello es facultad exclusiva del TJCE. No obstante, señaló que “... el incumplimiento es... posible por la razón de una disposición expresa contraria a la Constitución”.⁴⁵

La doctrina interpretó que, a falta de una protección equivalente en la legislación de la UE, la verificación del cumplimiento de la Constitución está a cargo del Conseil Constitutionnel. Esta posición fue confirmada por el Consejo de Estado, máximo Tribunal Administrativo de Francia con competencia para interpretar la aplicación de un decreto del Gobierno.⁴⁶

A su vez, el Tribunal Constitucional de Polonia dijo que “... no se justifica la transferencia directa de las obligaciones derivadas de esta disposición constitucional, al ámbito de emisión de las normas del Derecho secundario continental”, pero “... no se excluye la posibilidad de revisión de las disposiciones legales, incluida la normativa comunitaria, en la medida en que estén en vigor en el territorio de Polonia, desde la perspectiva del

cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 31 (3) de la Constitución” (en relación con las limitaciones en el goce de los derechos y libertades constitucionales).⁴⁷

La pregunta es si debemos comparar los derechos en abstracto o en su aplicación a cada caso concreto. En el primer supuesto, el nivel de protección comunitarios y el de las constituciones nacionales parecen ser equivalentes. La comparación de los resultados en un caso concreto, podría hacer notar las divergencias. Pero si los derechos fundamentales deben ser equilibrados con otro valor y es aplicable la legislación comunitaria, quien está en mejores condiciones para resolverlo es el TJCE.

CONCLUSIÓN

Como se ve claramente en este documento, las interacciones entre los distintos sistemas de derechos fundamentales en Europa, no pueden describirse con el concepto tradicional de modelos jerárquicos basados en la supremacía. A pesar de las complicadas relaciones entre ellos, los sistemas coexisten correctamente, gracias al diálogo basado en el respeto mutuo.

Los derechos fundamentales en los Estados miembros de la UE están protegidos en diversos niveles: el nacional, el de la Unión Europea y, en el ámbito internacional, el de la CtEDH y el CEDH. Cada uno de estos sistemas tiene su propia regulación y un Tribunal para interpretarla. Los sistemas mantienen entre sí una relación compleja, que no puede explicarse con el concepto tradicional de jerarquía de normas.

El análisis de los casos más importantes del TJCE, CtEDH y tribunales constitucionales nacionales demuestra un respeto mutuo entre los diversos tribunales (que no tratan de revocar los actos y las decisiones provenientes de otros sistemas jurídicos) y una función especial de la CEDH en la imagen borrosa de el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales. Como quedó dicho, los sistemas coexisten bastante bien, a pesar de las relaciones complicadas a las que ya nos referimos.

El diálogo entre los órganos jurisdiccionales de cada sistema se facilita debido a la uniformidad normativa de la UE y la CEDH. También es palpable la influencia recíproca de conceptos jurídicos en las jurisprudencias del TJCE, de la CEDH y de los tribunales constitucionales nacionales. El TJCE y CtEDH aplican la jurisprudencia de los demás, un fenómeno descrito como “fertilización cruzada”. La CtEDH toma en cuenta las normas y principios del derecho internacional aplicable entre las partes signatarias. La CtEDH interpreta el CEDH a la luz de la legislación de la UE. Además, los tribunales constitucionales nacionales citan la jurisprudencia de ambos tribunales europeos.

BIBLIOGRAFÍA

- Albi A. (2009) ***Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums***, European Law Journal, Vol. 15, Issue 1, pp. 46-69, January. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1321914> or doi:10.1111/j.1468-0386.2008.00450.x.
- Avbelj M., Komárek J. (2008) ***Four Visions of Constitutional Pluralism***, ECLrev., No. 4, pp. 524-527.
- Frackowiak-Adamska A, *Multicentric Protection of Fundamental Rights in Europe* (in:) R. Grzeszczak, I. P. Karolewski (eds.), *The Multi-*

- level and Polycentric European Union*, Muenster – New York 2012, pp. 103-126.
- Gattini A. (2009) *Joined Cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008, n.y.r., CMLRev.*, No. 46, pp. 213/214.
- Giorgi F. (2009) *The enforcement of the Charter of Fundamental Rights of the European Union as a challenge for the multi-level protection system* (February 24). University of Luxembourg Law Working Paper No. 2009-02, p. 14. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1348483>.
- Grzeszczak R., Karolewski I. P. (2012), *The Multi-level and Polycentric European Union*, Muenster - New York.
- Jacobs F.G. (2003) *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, 38 *Texas International Law Journal*, p. 550–553.
- Łętowska E. (2005) *Multicentryczność współczesnego systemu prawnego i jej konsekwencje (Multicentrism of the contemporary legal system and its consequences)*, 4 *Państwo i Prawo* 3-10.
- Pernice I, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, *Columbia Journal of European Law*, No 15 (3)/2009, pp. 372-401.
- Maduro P. (2007) *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism* Vol.1 No. 2.
- Zielonka, J., 'Plurilateral Governance in the Enlarged European Union', *Journal of Common Market Studies* 45, no. 1 (2007), pp. 187-209.

Notas:

¹ Para las diferentes definiciones de Derechos Humanos, ver: M.-B. Dembour, *What are Human Rights? Four Schools of Thought*, *Human Rights Quarterly* 2010, vol. 32, N°1, págs. 1-20.

² Nombre oficial: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Nov. 4, 1950, véase en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>; en castellano: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf.

³ Caso C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970], Rec. p. I-1125, § 4: “... El respeto por los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho Comunitario protegidos por el Tribunal de Justicia. La protección de tales derechos, inspirada también en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura de la Comunidad y de sus objetivos”.

⁴ Casos C 402/05 P and C 415/05 P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities [2008] ECR-6351, § 304.

⁵ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: Solange (BVerfGE 37, 271 du 29 mai 1974, IDT eur 1975 316 y 333; sentencia de la Corte Constitucional italiana de 21 de abril de 1989 (N° 232, Fragd, en Foro it, de 1990,... I, 1855) y la sentencia del Tribunal Constitucional español del 13 de diciembre de 2004 (DTC 1 / 2004) y el caso polaco K 18/04, del 11 de mayo de 2005, OTK ZU, 2005 / 5A / 49.

- ⁶ Caso 29/69, *Stauder v. Ulm*, [1969] ECR 419, § 7.
- ⁷ Caso C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR I-1125, § 4.
- ⁸ En 1992 el Tratado de la Unión Europea dispuso, en su artículo 6º, la obligación a la Unión para respetar derechos fundamentales.
- ⁹ El Consejo de Regulación (Council Regulation) N° 168/2007, del 15 de febrero de 2007, instituyó la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (European Union Agency for Fundamental Rights - OJ 2007 L 53, p. 1).
- ¹⁰ Casos C-402/05 P y C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] ECR-I-6351 § 303, 304.
- ¹¹ La Carta fue aprobada el 7 de diciembre de 2000, y adaptada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007, véase Consejo de Europa, Comunicado de prensa - 545 (2010), disponible en <http://www.coe.int>.
- ¹² Las primeras referencias por el Tribunal de Justicia de la CEDH aparecieron en asunto 4 / 73, *Nold contra Comisión* [1974], p. 491. Posteriormente, en 36/75, *Roland Rutili contra Ministro del Interior* [1975] p. 1219 se refirió a la CEDH, "las directrices que deben seguirse en el marco de la legislación comunitaria".
- ¹³ Caso 112/00 *Eugen Schmidberger* [2003] ECR I-5659.
- ¹⁴ Caso C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I-9609; § 35-39.
- ¹⁵ Caso C 244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG* [2007] ECR I-505, § 44.
- ¹⁶ Nota del traductor: El Derecho Primario, también conocido como la fuente primaria u originaria de la ley, puede ser entendido como la fuente suprema del derecho en la Unión Europea. Es decir, la cúspide del ordenamiento jurídico europeo. El Derecho Primario se compone, principalmente, de los tratados fundacionales de la Unión Europea.
- ¹⁷ Nota del traductor: El Derecho Secundario (o legislación secundaria) está constituido por los actos unilaterales y los acuerdos de la Asamblea Legislativa de la Unión Europea. También se incluyen dentro de esta categoría a la doctrina y a la jurisprudencia.
- ¹⁸ Ver caso: 261/09 "Gaetano Mantello" [2010].
- ¹⁹ *Loizidou v. Turkey*, 310 Eur Ct. H. R. (ser A) at 27 (1995).
- ²⁰ Ver: Council of Europe, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Third Annual Report, 2009*, abril 2010, p. 31, puede accederse en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_en.asp.
- ²¹ Casos T-306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2005] ECR II-3533 and T-315/01 *Kadi v. Council and Commission* [2005] ECR II-3649.
- ²² Casos C 402/05 P and C 415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] ECR I-6351.
- ²³ § 284.
- ²⁴ Sobre todo, porque los individuos no pueden contar con la CtEDH, que encontró el caso es inadmisibile cuando actúan los Estados partes al aplicar las resoluciones del Consejo de seguridad de la ONU. Caso: *Behrami and Behrami v. France*, application no. 71412/01 and *Saramati v. France, Germany and Norway*, application no. 78166/01, Grand Chamber decision of 2nd May 2007.
- ²⁵ Caso T-85/09 *Yassin Abdullah Kadi v. European Commission* [2010] § 115, 121, 127.
- ²⁶ *Matthews v the United Kingdom*, 18 February 1999, §§ 29 and 32-34 *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, aplicación N° 45036/98, sentencia del 30/06/2005 r., § 165.
- ²⁷ La CtEDH observó que los individuos se encuentran limitados ante el TJCE, pero encontró que tal limitación fue compensada por el sistema de cuestiones prejudiciales.
- ²⁸ Aplicación N° 13645/05 *Coöperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. Netherlands*, decision of 20.01.2009.

²⁹ *Bosphorus*, *op.cit.*, § 155. Por. teç *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), sentencia del 23.03.1995 r., series A, no. 310, pkt 75.

³⁰ En el caso “*Kokkelvisserij*” citado antes, la de CtEDH revisó las garantías ofrecidas por la Comunidad Europea, pero consideró que la demandante no había demostrado que la protección que era “manifiestamente deficiente” y, en consecuencia, no pudo refutar la presunción de que el procedimiento ante el había brindado protección equivalente a sus derechos.

³¹ Durante un tiempo, la CtEDH, se rehusó sistemáticamente a controlar los actos de aplicación de la legislación MS CE. Véase el caso de “*Cooperative des Agriculteurs de Mayenne y Cooperative Laitière Maine-Anjou c/ Francia*”, sentencia del 10/10/2006; aplicación N° 16931/04, *Senator Lines GmbH v. the 15 Member States of the European Union*, application no. 56672/00.

³² Caso 5/88 “*Wachauf*” [1989] ECR 2609, § 22.

³³ Casos C 260/89 *ERT* [1991] ECR I 2925, § 42 et seq., C 112/00 “*Schmidberger*” [2003] ECR I 5659, § 75; and C 36/02 “*Omega*” [2004] ECR I 9609, §§ 30-31.

³⁴ Como AG Sharpston afirmó en su dictamen del 30/09/2010 en caso C-34/09 “*Zambrano*”, § 162: “... el deseo de promover la adecuada protección de los derechos fundamentales no debe conducir a la usurpación de competencia. Como los poderes de la Unión Europea siguen basándose en el principio de atribución, los derechos fundamentales de la EU deben respetar los límites de esa atribución.”

³⁵ Caso C-34/09 *Zambrano*.

³⁶ Opinión del 30.09.2010, § 172, con cita la experiencia de Estados Unidos y el efecto de la federalización de la ampliación del alcance de varios derechos consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución de cada Estado, por la decisión de la Corte Suprema de EE.UU. en “*Gitlow v New York*,” 268 EE.UU. 652 (1925) (también llamada “incorporación de doctrina”).

³⁷ En base al art. 258 TFEU.

³⁸ Art. 267 TFEU.

³⁹ Caso 167/73 *Commission v. France*, [1974] ECR 0359.

⁴⁰ Caso 6/64 *Costa v. ENEL*, [1964] ECR 585. Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125.

⁴¹ Sobre todo la alemana, la italiana, la polaca y la española.

⁴² Modificación del art. 55 (1) de la Constitución de Polonia después de la sentencia de 27 de abril 2005 en el caso P 1/05 (orden de detención europea).

⁴³ Caso 314/85 “*Foto Frost*” [1987], ECR 4199, § 15-20. El principio e *Internationale* se confirma en muchos casos, en casos recientes C 188/10 y C 189/10 *Melki y Abdeli* [2010] n.p., § 54.

⁴⁴ Sentencia del FCT of 29.05.1974 r. In case no. 2 BvL 52/71 *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁴⁵ Decisión del 10 de junio de 2004, no. 2004-496 DC and of 29 July 2004, no. 2004-498 DC.

⁴⁶ Decisión del 8 de febrero de 2007, “*Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autre*”s.

⁴⁷ Caso K 18/04, *op. cit.*, point 18.5.

DISCURSO DEL DR. JORGE PFLEGER EN SU CARÁCTER DE PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA ANTE LA HONORABLE LEGISLATURA DEL CHUBUT, SEGÚN MANDA EL ART. 181 DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL, EL 22 DE MARZO DE 2012.

Versión Taquigráfica.

Señor Gobernador de la Provincia, estimados colegas, pares del Superior Tribunal de Justicia, señor Procurador General, señores diputados, señores jueces, empleados del Poder Judicial, miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, señoras, señores: Vengo a rendir cuentas de la gestión llevada a cabo durante el año judicial pasado y a trazar, a grandes rasgos, algunas líneas de lo que considero ha sido el avatar judicial, según lo entiendo: los errores, las dificultades y algunos aciertos.



19 —

Vengo a traerles, también, las conclusiones de la Defensoría General y de la Procuración General de la Provincia, que hablan a través de nuestra voz y cuyas tareas están en los anexos que acompañan al mismo.

Lo hago, quizás, en el momento en que la más profunda crisis de fiabilidad en la institución, que me ha tocado presidir, se produce.

Lo hago, quizás, en el instante en que la frontera entre la sociedad civil y este órgano del Estado -el Poder Judicial- ha pasado de ser una mera distinción conceptual o una categoría de la teoría jurídico-política, para convertirse en un abismo real, palpable, perceptible. En un abismo que, por su hondura, ha disociado dos términos inescindibles.

El Estado existe por el convenio social que, escrito en la Constitución, procura formas de coexistencia civilizadas, basadas en la igualdad, la libertad, la solidaridad, la plena vigencia de los derechos de las personas y, por añadidura, el orden; el orden de la libertad.

Para ello, el Estado cuenta con el ejercicio monopólico de la fuerza pública, de modo tal que los conflictos que se producen en el seno social,

no resulten dirimidos por la astucia del más hábil o la potencia del más fuerte, sea física, económica y, por qué no, política.

El Poder Judicial -producto de la tripartición del poder para evitar la tiranía- tiene la importante misión de arbitrar, con exclusividad, en estos conflictos; pero nuestra sociedad no siente y no ve que tal misión sea cumplida.

Es verdad que la crisis de las instituciones es generalizada. Todavía están en el aire los ecos del que se vayan todos.

Esto, entre otras cosas, es consecuencia de la posmodernidad, un ciclo de nuestra civilización signado por la superficialidad, el campeo de la incivilidad, del consumismo, de aquello que el ingenio hispano dejó sentado en la frase "...que cada palo aguante su propia vela..." y que no ha sido sino la liberación de las oscuras fuerzas de las individualidades que han olvidado al ser en beneficio del parecer, han roto el entramado solidario que caracterizó el progreso humano desde principios del siglo XX, han minimizado y erosionado la función del Estado y de la ley, y han despreciado la austeridad por el consumismo, han exaltado la frivolidad, el exitismo y la tilinguería, el escapismo y la incontinenencia moral, con supino desdén por la sobriedad propia de los pueblos que han alcanzado un alto grado de cultura.

En ella, el grito de barricada o la bullanguería de pub de hora feliz, ha reemplazado a la reflexión que conduce a la acción inteligente; la violencia del cuerpo desatado a la paz del espíritu sereno.

Pero también es verdad que las cosas no están así por culpa de la naturaleza, sino de nosotros mismos. Si fuera ella quien rige ineluctablemente el devenir social, nada tendría solución. Mas -por el contrario- somos nosotros los que construimos la realidad y, por ende, nuestro esfuerzo ha de tener la pretensión de cambiarla, aunque nos lleve la vida el intento.

Quienes tenemos responsabilidades en el ejercicio de la judicatura desde hace años, bien que podríamos recibir la admonición de Demóstenes en su "Discurso contra Filipo". El gran orador griego advertía con severidad "...tal vez sea chocante lo que voy a decir, pero es cierto: lo peor de nuestro pasado es precisamente nuestra mejor reserva cara al futuro. ¿Y qué es ello? El hecho de que por no cumplir ninguno de vuestros deberes, ni pequeño ni grande, las cosas van mal; puesto que si estuvieran en la misma situación, pese a realizar vosotros todo lo conveniente, ni siquiera habría esperanza de que mejoraran...".

Y la disociación entre el Poder Judicial y la sociedad no es por obra y gracia de madre natura. Ha sido y es por causa de nuestras acciones. Particularmente de aquellos que ejercemos la más alta magistratura judicial, quienes tenemos la responsabilidad política que la convención social nos ha atribuido. Y a nosotros -y no a otros- nos cabe la responsabilidad de restañar la grieta.

No he venido a cantar la Palinodia. A disculparme cobardemente o poner sobre el mochuelo de otros lo que es propio. No se levantarán mis manos para quitar el sayo que me cabe. Cada cual al suyo; al que le quepa, que lo vista.

No he venido a estafarles con la palabra, como un tahúr o un pícaro, o un obsecuente.

No he venido desde la soberbia intelectual, no alcanzaría mi poca ciencia para sermonear enarbolando el dedo de Júpiter.

No he venido, como un mero gestor, a decir cifras y estadísticas, que encontrarán en los anexos confeccionados por las áreas respectivas. No soy un gerente, soy un juez.

Concurro aquí para reflexionar en voz alta y para tratar de estrechar

lazos fuertes entre nosotros y nuestra fuente de poder, la sociedad, en la que reside toda autoridad y mando.

No somos príncipes ungidos por un cónclave para ser vicarios de un Dios; somos servidores públicos nombrados por quienes actúan por delegación del pueblo para hacer cumplir la ley y -por añadidura- para velar por los derechos de las personas todas.

No tengo otra herramienta que la palabra honesta y sincera. La palabra que desde el momento mismo de los tiempos es esa porción de aire estremecido con portentoso poder de creación. Pues la palabra vale cuando expresa el pensamiento y precede a la acción, ya que si no es así, es sólo una apariencia.

Afirmo, y voy derecho, la aplicación de la ley, la seguridad jurídica y material no son incompatibles.

Es más, me atrevo a decir en voz alta que la vigencia de la ley y el orden de la libertad no constituyen antinomias sino situaciones -y valga esta licencia sintáctica- deseables, posibles, imperativas.

La seguridad es la consecuencia necesaria.

Nosotros, los jueces y los magistrados y funcionarios que componen el Poder Judicial, debemos entenderlo y aplicarnos a ello.

Y así debe comprenderse y trabajar para evitar dos consecuencias perniciosas: la barbarie y la anarquía.

La barbarie es producto primero del avance de quienes predicán el orden a toda costa.

No ha de olvidarse que el nazi fascismo se incubó en las crisis que erosionaron a venerables sistemas democráticos (la república de Weimar, la constitución liberal italiana y la república de Italia, aquella infausta, por citarlas) a las que socavó pertinazmente a través del desprecio de la ley, de la libertad, y fundamentalmente de la democracia, sistema al que se endilgó, con despreciable cizaña, incapacidad estructural para mantener la seguridad.

21 —

Y es claro, pues a las formas procedimentales de las constituciones fueron opuestas por la eficacia de los “squadristi”, los “camisas pardas” y la “falange” mesiánica.

Y así sobrevino la calma, el orden de las tumbas.

La tranquilidad de alemanes, italianos o portugueses, del Portugal de Oliveira reposó en el derrumbe del humanismo, en los campos de concentración, en la persecución racial y política, en los fusilamientos en masa.

Nuestra propia historia resultó un calco. Las “Legiones Cívicas”, los Leopoldito Lugones, los Amoresanos y Lombillas, las Secciones Especiales de la Policía, la cárcel a opositores y los incendios, las retaliaciones de supuestos demócratas, los fusilamientos sumarios, la represión constante, la violencia como forma de acción política, las desapariciones y las muertes, pusieron su marca en setenta y tres años de historia de vida nacional, tiempo que no tenemos ni derecho ni razón de repetir.

Allí nuestro grave error: el de hesitar, el de no plantarnos con toda claridad frente a los problemas y de resolverlos bajo esta memoria, desde el remordimiento. En algunos órdenes de la vida judicial, tal vez, se haya dudado frente al peso de la historia: el escrúpulo de caer en lo mismo que censuramos.

No, señoras y señores, esto no es ni será así nunca bajo el imperio la ley. La ley misma precave de todo exceso, no hay nada que temer. Sólo hay que sostenerla, precisamente, por la memoria.

Pues tan grave como aquello que acabo de decir, es la anarquía.

Porque la vida social sin orden no es vida libre, es anarquía. Es el triunfo

del réprobo contra el virtuoso, del dañino contra el trabajador, del insidioso sobre el ser humano moral, la satisfacción de la simple naturaleza humana por sobre el autocontrol de la razón.

Así concebidos, la ley y el orden de la libertad no constituyen antítesis, por el contrario son la síntesis fraguada en las constituciones del cuño que nuestros fundadores impusieron por mandato soberano.

No hay jueces garantistas ni jueces severos. Hay sólo jueces que han de atenerse a la Constitución en toda su dimensión, dimensión que contempla el universo todo, el freno a la fuerza sin ley del que la ejerce, pero también la protección a la seguridad del colectivo social cuando es agredido.

No hay fiscales de la venganza. Hay magistrados que deben ejercer el poder de persecución bajo la norma, que siempre autolimita.

No hay venganza privada. Existe la posibilidad de que los intereses afectados encuentren camino en los procesos para colaborar o disentir con los miembros del poder público, para estimular decisiones que han de ser acatadas, sea cual fuere su resultado.

No hay nada diabólico en los defensores, públicos y privados: ellos ejercen la misión fundamental de velar por el cumplimiento de las garantías, operables por imperio constitucional, aun frente al criminal más abyecto, porque son innatas a la condición humana, conforme la manera de vivir que hemos convenido.

Hay que arriar la mentirosa bandera de ley y orden a secas, pues tras de esa frase pérfida se esconden seráficas intenciones totalitarias.

Hay que oponerle la generosa enseña del orden de la ley, que no es sino la enseña constitucional.

Debemos claramente, y en eso me empeño, demostrar la validez de nuestro postulado, porque creemos que es la buena senda.

Claro, quienes asuman el rol del servicio civil de justicia así entendido, han de sacrificar sus horas, su entendimiento y su peculio. Y hasta a veces su honor que, como bien decía el insigne político Nicolás Repetto, suele "...entregarse a los perros...". Y muchos lo hacen.

Los demandantes, por su lado, han de abandonar toda inspiración en la crueldad, aunque sus sentimientos estén impregnados por el dolor de la pérdida, cualquiera fuese.

Y les digo, señoras y señores diputados, que en el Poder Judicial existen personas de talante abnegado, que son los más; y que el pueblo, educado en estas reglas, debe confiar y respetar.

Pero prosigo. Con lo que he dicho no apporto novedad, sino obviedad.

El decreto sobre seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 marcó el hito inicial que configuró un sistema que jamás debimos abandonar. Sus palabras resonarán en este recinto como lo hicieron en los albores de la república.

Entiéndase por todos los conceptos de seguridad allí sentados que persisten y cito: "...todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de este derecho, centro de la libertad civil, y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual. Una vez que se haya violado esta posesión, ya no hay seguridad, se adormecen los sentimientos nobles del hombre libre y sucede la quietud funesta del egoísmo. Sólo la confianza pública es capaz de curar esta enfermedad política, la más peligrosa de los Estados, y sólo una garantía afianzada en una ley fundamental es capaz de restablecerla...".

Los preceptos derivados, que no leeré, son antecedentes calcados por el constituyente originario federal en 1853, artículo 18° y por nuestros padres

fundadores provinciales en la profusa y casuística declaración de derechos y garantías de la Constitución Provincial.

Así debemos entender la seguridad, así debemos preservarla.

Sin dudas que estas ideas fueron enriquecidas por el avance de los derechos sociales y los de incidencia colectiva. Pero la matriz es una y nada ha cambiado. El descubrimiento social y el reconocimiento constitucional de otros derechos, que han enaltecido a la condición humana, no nos impide rendir tributo y reclinarnos ante el origen. Esta definición de seguridad, señores, señoras, no la encontrarán en un libro, viene a cuento porque pareciéramos entender sesgada la idea y he querido recurrir a una fuente tan original como aquélla que estampó su cuño en la construcción política argentina para que se entienda por todos, por lo jueces, por los legisladores, por los miembros del Poder Ejecutivo, por la sociedad civil toda. No hemos sabido comunicarnos con la sociedad. Allí, una de las más estruendosas derrotas del Poder Judicial.

El uso de un lenguaje excesivamente técnico, necesario por la especificidad lingüística de la ciencia del derecho, no ha sido decodificado adecuadamente, traducido para la comprensión general.

No hemos estrechado lazos suficientes con la prensa que, con su enorme poder, resulta un vaso comunicante esencial.

Muchas de nuestras palabras han sido el resultado de espasmos ante situaciones difíciles o comprometidas. O el ejercicio de vanidad discursiva, consciente o inconscientemente. O frías sentencias lanzadas al ruedo sin más.

Comunicarse no es hacer propaganda, es propagar -que no es lo mismo- y en eso no hemos sido exitosos, hemos fracasado. Las personas, perplejas a veces, no entienden y no por ignorancia, se le dicen extrañezas. Ha de trabajarse pues en ajustar la relación con los medios de comunicación para que el trabajo judicial sea comprendido en esa dimensión. Lo que no implica privarnos de la elegancia de la palabra que el pueblo sí comprende, espera y respeta, en un ámbito en el que la procacidad, la vulgaridad y la pobreza del idioma se han enseñoreado. Destaco esto último porque precisamente cuando faltan las palabras estalla la violencia.

Pero no sólo hay que propagar nuestros éxitos, lo advierto, también las personas han de saber de nuestros fracasos y miserias. Sólo así se construye la República verdadera. Pocas palabras, pero claras y veraces, es pues la consigna.

Quizás, y discurro, no hayamos construido canales de diálogo con la corporación abogadil, aun cuando han sucedido nobles intentos. La relación con los abogados, por vía de sus Colegios, ha de ser fluida y sincera. No debemos quedarnos en la retórica de los códigos procesales que los hace acreedores de la dignidad de los magistrados. Ellos han de contribuir al mejor funcionamiento de la judicatura, y sus ideas debatidas, estudiadas.

Un Poder Judicial democrático y abierto se configura mediante el diálogo con todos los actores del proceso, y los abogados son, por naturaleza, actores imprescindibles en el devenir de la labor que hacemos a diario.

Acaso, y ése es otro tema, debemos porfiar en la labor de perfeccionamiento. Perfeccionar es entrenar para saber qué hacer y cómo. Pero también, como lo he dicho en un sinnúmero de oportunidades, para saber por qué hacer.

El porqué es la brújula que orienta nuestra acción. El saber es poder, poder hacer, y no capacidad en sí misma. Pero el saber sin norte es como la experticia del capitán que es incapaz de bogar en buen viaje al desconocer la razón de su travesía. Es el viejo problema de la teoría y la práctica, de los medios y de los fines. El conocer es un medio para cumplir el fin: la

aplicación de la Ley en el orden de libertad, una manera de cumplir los fines del Estado, como señalé antes.

Porque, honorabilidades, el Estado -del que es parte el Poder Judicial- tiene propósitos que les son inherentes ya que constituyen su razón de ser, la causa por la cual la sociedad civil se determina como organización jurídico política.

Estos propósitos, según entiendo, son el estímulo de la cooperación social y el mantenimiento de la paz. El instrumento del que se vale para ello es la Ley, la Ley y nada más que la Ley, entidad que estipula el contenido factual de aquellos fines y las formas procedimentales para que cobren vida.

Enseñaba Carlos Sánchez Viamonte que una constitución es la norma que marca los contenidos éticos a los que habrá de atenerse la legislación general y la conducta de quienes ejercen el Gobierno. Es pues la Constitución la que consagra los principios vistos y manda cumplirlos.

República, democracia, libertad y solidaridad son los pilares que se difunden en el orden jurídico, lo permean y condicionan y, reitero, percuten la actividad de los oficios públicos.

República es, esencialmente, desconcentración del poder. Fue el logro de quienes lucharon contra la tiranía de la unanimidad del uno oponiéndole la fragmentación de la potencia del Estado, los mutuos balances y controles.

Democracia es la posibilidad de que todos los ciudadanos participen de la acción del Estado ejerciendo en plenitud sus derechos políticos, implica tolerancia, respeto por el otro y básicamente diálogo.

No hay democracia por la mera imposición del número. La regla de la mayoría se aparea al respeto escrupuloso por las minorías, que de otro modo sucumbirían arrolladas por el peso de la masa. Y eso se aplica a todos los órdenes del cuerpo vital social. Las minorías étnicas, la diversidad sexual, el pensamiento diferente, la disposición del propio cuerpo, la conducta autoreferenciada son un sagrado inexpugnable, cuya preservación es la esencia democrática.

Libertad es la única manera de vivir y realizarse plenamente como ser humano. Y la solidaridad, el vínculo indestructible que hace a las personas hermanas en el disfrute de los bienes de la vida.

He dicho todo esto, he confirmado estos conceptos, no por graciosa concesión a la vanidad intelectual, no.

Le cabe al Poder Judicial perseverar en la afirmación de esos valores a través de nuestro trabajo y, fundamentalmente, de nuestro ejemplo.

Porque la fuerza de nuestra encomienda radica, precisamente, en la autoridad moral que cosechamos a través del trabajo y la conducta.

Si ella tambalea en esta hora de crisis, no nos crispemos. Seamos trasgresores abandonando cualquier perversa actitud corporativa que nos asemeje al puercoespín, cerrado entre sus púas ante el ataque. Recuperemos la confianza y redoblemos el esfuerzo para que las personas vuelvan a creer en nosotros y tengan fe en lo que contribuyeron a crear a través del pacto social originario.

Acabo de enumerar nuestros desaciertos, que son muchos más, pero no quise -como lo anuncié al principio- hacer de este discurso una perorata de desaciertos porque debemos también enumerar las dificultades y tal vez algunos logros, que son la consecuencia del trabajo digno, probo y perseverante de muchos de quienes participan en la tarea judicial, como lo dije antes.

No es mi deseo traer el pasado; enredarse en él es negativo, pero tener memoria es fundamental. Las cosas debieron ser dichas en su momento, y algunas se dijeron, pero tal vez no con la fuerza suficiente para crear conciencia.

Hemos soportado estoicamente -y no exagero- una pertinaz tarea erosiva que -para mal- ha tenido como actores principales a algunos miembros de otros poderes públicos que, con afanes que ignoramos en su profundidad, se dedicaron no sólo a la crítica feroz, despiadada, sino -lo peor- acudieron las más de las veces a las vías de hecho para denostar o intentar condicionar al Poder Judicial.

El verdadero sitio que sufriera el Superior Tribunal de Justicia en febrero de 2011 cuando se clausuró toda salida de los ministros mediante el temor y la fuerza misma, es un claro ejemplo de ello.

Por cierto, no hablaré del padecimiento personal; no creo que deba aprovechar este estrado para considerar asuntos propios.

La campaña sistemática de agravio a las figuras paradigmáticas del Poder Judicial, en búsqueda de socavar esa autoridad moral de la que hablaba, es otro ejemplo digno de destacar y de censurar.

Flaco favor se hicieron y se hacen quienes así piensan y actúan.

Porque no somos inmunes ni impunes. Hay mecanismos constitucionales que nos controlan y permiten que se nos repruebe y se nos remueva.

Dije que no voy a anclarme en el pasado porque veo con optimismo el futuro.

Observo por primera vez en muchos años -y no sé si acaso algún memorioso pueda quitarme de la equivocación- la presencia del señor Gobernador de la Provincia en este discurso y sus Ministros. Lo quiero destacar porque felizmente, en el marco de lo que yo llamo una inteligente independencia, podemos convivir con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, para realizar acciones fecundas; con todo el Poder Legislativo, según el concepto que acabo de dar de democracia.

No vamos a trampear ni a falsear la independencia judicial por trabajar de consuno con los miembros de otros poderes públicos, en ejercicio de nuestro deber como gobernantes del Estado.

El Poder Judicial del Chubut, no claudicará frente a los intentos antirrepublicanos que buscan, como han buscado los totalitarismos de la tierra, una organización al guante.

Somos independientes porque así lo concibieron los fundadores de la república; el Superior Tribunal de Justicia es el garante de esa independencia.

Y que se sepa por todos que, abiertos a la crítica y al escrutinio público, no retrocederemos un ápice en esa condición de poder independiente, que es una protección para las personas todas.

Quien de esa forma perversa actúa, desgasta a las instituciones, las torna inviables, comete el peor de los atentados contra la organización social: su posible dilución.

Guste o no, cabe al Poder Judicial una función contra-mayoritaria: el control constitucional.

Ni la más profusa de las generalidades puede pisotear a la Constitución, pues allí concurrirá el órgano judicial a restañar la afrenta.

La interpretación y aplicación de la ley, el develamiento de su verdadero sentido y alcance; y la solución pacífica del conflicto, es nuestra razón de ser. Sobre esa solución pacífica del conflicto han de trabajar los jueces, como trabajan. Debemos tomar las decisiones, sin embargo, midiendo el impacto que producen en las relaciones sociales, eso es verdad -no son palabras propias, son palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde más de cincuenta años- pero nunca desconocer la legalidad y la equidad a las que nos debemos.

La disconformidad de los actores puede expresarse de modo regular, porque así está concebido el sistema de partida.

Sabrán, señoras y señores, que el Poder que hoy represento es el único

que posee controles internos que revisan, una y otra vez, las decisiones jurisdiccionales para evitar el error.

Es más, el Estado de Justicia brinda esas herramientas para encajar las decisiones judiciales a la legalidad deseable.

Una sociedad civilizada y pacífica exige que los poderes del Estado actúen en armonía en el marco de sus competencias, que se respeten y aun diriman sus posibles conflictos con vocación republicana.

Todo está previsto en la Constitución, que reclama, por ello, otros comportamientos diferentes de los que generan violencia: las vías de hecho por sobre la razón.

He escuchado con optimismo y esperanza el discurso del señor Gobernador de la Provincia cuando inauguró el período de sesiones legislativas y expreso mi más plena coincidencia en lo que atañe a nuestra ubicación y deberes, que no eludiremos, independencia en la república democrática y solidaria.

Concientes de ello -y perdónese si incurro en repeticiones- estamos dispuestos, y hacia allí vamos, a dialogar con los demás miembros del cuerpo gubernativo estatal sobre temas que nos son comunes: la discusión de un nuevo orden procesal en la llamada justicia “civil”, nuevas fórmulas de acceso al sistema de justicia en general, nuevas maneras de adecuar la tecnología al mundo de los procesos, la verificación constante de los problemas que apareja el procedimiento penal novedoso, que va haciendo rumbo pues, en verdad, somos Provincia señora en la materia.

No se me olvida la exigencia de la hora: el procedimiento penal juvenil, que es imperativo constitucional y necesidad social actual, y el juicio por jurados, que es una deuda de ciento setenta años con el sistema constitucional.

Lo primero porque observamos que tal cual está diseñado el sistema fracasa a la hora de tratar a los menores en conflicto con la Ley Penal, y no responde al precepto constitucional que lo exige ni a los estándares internacionales que condicionan nuestra organización. Tampoco contribuye a la paz social, pues la sociedad siente que la solución que se brinda no es la adecuada.

Lo otro porque excede el marco de lo meramente procesal -me refiero al juicio por jurados-, pues el problema del juicio por jurados es un asunto de neta naturaleza política: el juicio por jurados no es sino la extensión de los derechos políticos de participación ciudadana en la toma de decisiones gubernamentales.

No hay que tenerle miedo a la ciudadanía ni tener otra vez una actitud corporativa que haga que pensemos que extraños van a inmiscuirse en una tarea que nos es reservada con exclusividad a los abogados, porque los abogados no somos dueños de los secretos como tenían los sumos sacerdotes ni lo tienen ciertas congregaciones regidas por la fe.

En ambas cuestiones, en todas las cuestiones, incluida la del concepto de seguridad como lo he pretendido definir, asumimos el compromiso de caminar junto a los Poderes Ejecutivos y Legislativos del modo en que lo he dicho antes, pues la respuesta que nace del diálogo democrático es la que posee mayor potencia legitimadora.

Se ha demostrado recientemente cómo es el diálogo constructivo el mejor método para aquietar los espíritus.

¡Que las víctimas no sean en vano, ni tampoco las víctimas sean aprovechadas de modo espurio y mezquino! No.

El pueblo, santo hasta en el error, nos vigila y es muy capaz para comprender y valorar la acción mancomunada de los poderes públicos en

aras del bienestar colectivo. Triste espectáculo es el que damos cuando querellamos mediáticamente.

En nuestro haber, honorables diputadas y diputados, quiero destacar, especialmente, que aun con los déficit apuntados y las dificultades, nuestro Poder Judicial ocupa un lugar destacado en el espacio de capacitación que se genera en el orden de la federación.

Austera, la Escuela de Capacitación Judicial, con escasos recursos, realiza esfuerzos denodados por cumplir con su cometido. Desde esa casa se organizan y ejecutan específicas tareas de entrenamiento, que son diseñadas por los propios actores a través de sus representantes; calladamente, sin estridencias, como es de bien nacido.

Su órgano de difusión, “El Reporte”, dirigido por el señor ministro doctor Panizzi, constituye un foro de discusión abierto que intenta servir a la comunidad jurídica toda. La actividad continua de esta revista ocupa un lugar prominente en ese ámbito.

El Poder Judicial del Chubut ha sido distinguido por todo ello. Es así como el señor Ministro del Superior Tribunal, doctor Fernando S.L. Royer, director de la Escuela de Capacitación Judicial, ocupa -a la vez- la presidencia de la organización REFLEJAR, red nacional de escuelas judiciales, prodigando nuestra experiencia y cooperando con los Poderes Judiciales de la Federación Argentina en los menesteres de los que hablo.

También cabe poner de resalto la actividad que ha cumplido el señor Vicepresidente del Cuerpo, doctor José Luis Pasutti, en lo que atañe a la atención del servicio de Justicia en todo el territorio provincial.

Las visitas a todos y cada uno de los juzgados de paz de la Provincia, y la responsabilidad que asumió para llevar a la comarca andina la organización judicial en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería en afán de sustraerla del histórico aislamiento, en una labor ardua de observación, planificación y propuesta normativa, no puede pasar desapercibida.

El Control de la Gestión Judicial es otro de nuestros desafíos.

El doctor Daniel Rebagliati Russell se ha encargado con empeño en trabajar y es uno de los más vivos promotores de forma que, desde el control, repiquen en la mejor manera de administrar los recursos escasos.

No puedo soslayar, tampoco, la merecida labor del doctor Daniel Caneo al frente del Tribunal Electoral Provincial en tiempos bravos de contienda política, felizmente superados. Tampoco puede desmerecerse el grado de sofisticación de nuestra tecnología al servicio de la administración de justicia.

La grabación en imagen y sonido de las audiencias penales, la capacidad del sistema de teleconferencias, capaz de acercar los actores que están dispersos superando los problemas que apareja la distancia, la firma digital, la notificación digital, el acceso a bases de jurisprudencia local y nacional, el control permanente de los que operan el sistema a través de la página web del Poder Judicial, la posibilidad de chequear el estado de los trámites judiciales por la misma red, en tiempo real, son pequeños logros que pausadamente se han ido construyendo, también sin estridencias.

El Secretario de Informática Jurídica, doctor Guillermo Cosentino y su personal, es considerado nacional e internacionalmente y, de manera continua, imaginan, diseñan y ejecutan programas de mejoramiento del sistema.

He citado algunos nombres para que se sepa. Éste no es el discurso del y para el Presidente, es la explicación de lo que se ha hecho y se hace en pos de cumplir fines deseables.

No se me olvida -y tengo la satisfacción de compartir este recinto con ellos- la actividad silenciosa, perseverante, proba, constante y responsable de los jueces y funcionarios que nos acompañan y de los empleados.

Si nombrara a todos, seguramente omitiría algunos. Por eso, quiero -insisto- que se sepa.

No hay rédito personal en los logros, que son una obra colectiva; en todo caso reprócheseme de los errores, pues quien dirige ha de soportar los infortunios. La victoria es de todos, el fracaso es de quien manda. Es casi una ley histórica, es parte de un sentido cabal del honor.

Cuando hablé de los jueces y de los demás funcionarios: Secretarios del Superior Tribunal, Secretarios de Cámara, Secretarios de la Instancia Primera, Directores de oficinas judiciales, notificadores, auxiliares, ujieres; estoy hablando de los desconocidos de siempre, de los que cada mañana concurren a sus oficinas sin otra motivación que la pasión por la tarea que realizan y que, muchas veces, las más, no obtienen reconocimiento alguno.

Eso no significa desdecir lo primero, que las cosas no están bien por obra de nosotros mismos; significa que pese al empeño puesto, quienes conducimos no lo habremos hecho del todo bien.

Debe decirse que cuando sectores levantan banderas de reivindicación laboral no lo hacen por puro egoísmo, se ven acuciados.

Todos queremos tener una vida digna. Seríamos monjes si en esa dignidad no incluyéramos lo crematístico y la superación de las condiciones actuales de labor. No somos monjes. Nada de lo humano nos es ajeno.

Por ello se hace imperioso -y hemos tratado de trabajar en esa dirección- dialogar con la Asociación de Magistrados y Funcionarios que no es, como a veces se denuncia, una expresión mezquina de una corporación siniestra, sino la reunión legítima de magistrados y funcionarios que defienden sus derechos y, a la par, colaboran, con sus sugerencias y consejos, en la vida judicial.

Especial atención, también, merecen los trabajadores del Poder Judicial.

Los salarios, las condiciones generales de trabajo y la protección integral que los trabajadores merecen en una sociedad que se pretende igualitaria al constituirse en Estado Social, exige la discusión democrática, clara, sin prejuicios, sincera, comprensiva, altruista y completa, a través de los convenios que abracen a esa colectividad.

Convenir demanda esfuerzos mutuos y seguramente se entenderá así por los protagonistas.

En esa labor nos hallamos. Y esperamos, sinceramente, que se persista. El conflicto interior es uno de los grandes males de las instituciones, y eso lo comprendemos todos.

Por último, diputadas y diputados, creo prudente persistir en un viejo anhelo del Poder Judicial: su autonomía financiera.

Es momento de pensar en que uno de los pilares que cimientan la verdadera independencia -no el único, lo aclaro- es el manejo directo del dinero público destinado a solventar la inversión que el ejercicio de la función implica.

No pretendemos que la solución sea mágica o engañosa. Únicamente deseamos que en el marco del diálogo democrático fluya el mejor sistema para solventarnos.

Sabemos que el Estado administra recursos escasos y tiene urgentes y válidos deberes de prestación que involucran al erario, pero queremos obtener el espacio necesario en este sentido.

Existe una leyenda negra respecto de nuestros gastos y nuestros salarios. Lo decíamos mucho tiempo atrás cuando ejercíamos la presidencia de la Asociación de Magistrados y Funcionarios. Lo repetimos ahora, sin eludir la existencia de esa sensación.

Estamos dispuestos a explicar todas y cada una de nuestras necesidades

económico-financieras, nuestros ingresos propios, y lo que es fundamental, la administración de los dineros públicos asignados.

Nuestras cuentas están abiertas y sometidas a los controles más severos. La evolución de nuestros gastos es posible de consultar en la red, en tiempo real. Podemos explicar formal y materialmente lo que hacemos, y nos sometemos gustosos a cualquier escrutinio.

Sostenemos que cuando las ventanas se abren desaparecen los fantasmas y que, como hombres públicos, hemos de tener las manos limpias y las uñas cortas.

Repetimos, con el riesgo de que parezca un sonsonete, la necesidad de terminar- entre otras obras no menos relevantes- la ciudad judicial de Comodoro Rivadavia, monumento inconcluso que nos mortifica y que es muestra cabal de que no hemos podido lograr un cometido deseado.

Hemos encontrado hoy, la receptación optimista en el Ejecutivo Provincial y Municipal y nos complacería el compromiso legislativo en ese sentido.

En fin, honorabilidades, no queremos un Poder Judicial envarado y escondido en negros ropones enlutados por las togas, inmutable e impasible ante la realidad circundante.

No queremos -como decía el genial Machado- que el pueblo, carne de horca, contemple a la justicia que castiga al malo, impiamente, sin equidad.

No queremos que, al menos por nuestra causa, el habitante de este suelo se encierre en su sagrado y abandone el espacio público que le pertenece. Volvemos al concepto de la seguridad, el hombre libre es el dueño de la calle, no el réprobo.

Queremos superar la censura que nos hacía el lúcido liberal que fue Joaquín V. González hace un siglo cuando apercibía que "... debe suprimirse más de la mitad del formulismo vigente por inútil, perjudicial, antijurídico, inconstitucional, inmoral, atentatorio y antidemocrático, con todo su cortejo de empleados y participantes que esquilman el patrimonio en búsqueda de justicia, en provecho exclusivo de la población parasitaria que se acumula en los intersticios del vasto mecanismo burocrático del sistema judicial..." y "... exigir que se desmonte la maraña inextricable de las minucias curialescas, de los códigos de procedimientos, nidos de chicanas, de chantajes y asechanzas, de cohechos y complejidades de todo género, como todos los insectos en la selva tropical ...".

Queremos ser partícipes en la construcción de una sociedad libre, solidaria, democrática y segura.

Antes de terminar me voy a salir -y espero paciencia de ustedes- un segundo del libreto. Este discurso fue escrito hace dieciséis días por imperio de las necesidades de la imprenta, para que hubiera un texto en las manos de ustedes.

La realidad, obviamente, es más dinámica que el trabajo del imprentero o que la propia justicia.

Me voy de la Presidencia del Tribunal con una sensación amarga de frustración. No he podido ni he sabido, aunque he querido procurar conectarme con la sociedad civil para explicar los mecanismos procesales, dónde se satisfacen las necesidades que se enarbolan.

Me voy de la Presidencia del Tribunal frustrado, frente a las legítimas protestas ciudadanas en pos de la seguridad. Me voy frustrado por la poca confiabilidad que merecen los jueces, cuyas sentencias son criticadas antes de que se conozcan motivos, y esto es políticamente incorrecto, pero tengo el deber moral de decirlo. Me voy también con una enorme frustración; no haber podido proyectar y consolidar un Código de Ética Judicial. Me voy con más deudas que acreencias. Espero poder, con el tiempo, enmendar los

errores e intentar participar en lo que, cándidamente quizás, he escrito en la última parte de este discurso.

Queremos contribuir a la difusión, y uso palabras del preclaro maestro Juan Bautista Justo, olvidado por todos, que decía: "... difúndase entre los hombre las actividades más elevadas y nobles y así habrá un mundo en donde haya más belleza, más Justicia y más bondad...".

Muchas gracias.





LA CAPACITACIÓN DE LOS MAGISTRADOS COMO GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. ¿UN DERECHO O UN DEBER?

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y LA DE LOS JUECES.

POR FERNANDO S.L. ROYER: PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT.
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL. PRESIDENTE DE REFLEJAR -RED DE
ESCUELAS JUDICIALES DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS/JUNTA FEDERAL DE CORTES.

“Los Jueces deben decidir los conflictos teniendo en cuenta que todos los ciudadanos, cualquiera sea su origen, su credo, sus ideas políticas o riqueza o su pobreza, son iguales ante la ley, Por ello deben actuar de manera que la sociedad perciba claramente que son independientes de toda influencia política, económica, social o mediática”

-Primer Encuentro Nacional de Jueces-

Lograr la independencia judicial con el propósito de garantizar la imparcialidad en las decisiones judiciales es -quizá- una de las cuestiones más importantes y complejas de la estructuración y funcionamiento de dicho poder del Estado.

Podemos decir que, siguiendo la posición de García de Enterría, la independencia Judicial pivotea en un plano de doble carril:

- a) la independencia en el momento de la toma de decisiones y;
- b) los condicionamientos para que la independencia sea efectiva en cuanto a su entorno.

Ahora bien, estimo prudente interrogarnos, tal como lo hace el Magistrado del Tribunal Constitucional español, Pablo García Manzano en cuanto a:

- 1) cuál es el fundamento de la independencia judicial;
- 2) de quién o quienes es o debe ser independiente el juez;
- 3) qué efectos tiene la independencia judicial;
- 4) qué mecanismos la efectivizan y/o la garantizan;

1) Podemos establecer como principios básicos que fundamentan la Independencia Judicial:

- a) La exclusividad de la potestad jurisdiccional. Los jueces tienen el monopolio de la jurisdicción, son los únicos que pueden juzgar y ejecutar lo juzgado pero a su vez y como contrapartida, los jueces sólo pueden ejercer esa función y no otra, y es así que para poder desarrollar esa única función se les debe garantizar su independencia económica y estabilidad profesional y liberarlos de funciones administrativas.

b) La imparcialidad. El juez debe ser imparcial ante el caso concreto (imparcialidad subjetiva) y también debe garantizar la apariencia de imparcialidad (imparcialidad objetiva).

c) La vinculación del juez a la ley. La misión primordial de los jueces es aplicar la ley, interpretándola y no creándola. El juez a la única ley que no está sujeto es a aquella inconstitucional y al declarar la inconstitucionalidad lo que está haciendo es ejerciendo su potestad en un marco de independencia.

2) En cuanto al alcance subjetivo de la independencia judicial podemos encauzarlas en tres direcciones: externa, interna y respecto de la sociedad.

Con relación a la independencia externa, es obvio que ninguno de los otros dos poderes del Estado puede ejercer una invasión en la esfera de otro poder pero, es sabido que en atención a que el Poder Judicial, tanto en el orden nacional como en la mayoría de nuestros estados provinciales no tiene más que la facultad de elaborar el presupuesto, pero no de sancionarlo, y administrarlo plenamente, termina siendo la cenicienta de esta relación tripartita.

Hasta aquí el análisis de la independencia está más bien dirigido al Poder Judicial en general pero, cuando hablo de independencia interna o en relación al resto de la sociedad, me estoy refiriendo al juez en particular, al ser humano que ha sido seleccionado para ejercer la función de “decir el derecho”, “juzgar y ejecutar lo juzgado”.

La independencia interna, ésta garantizada con la prohibición de corregir las resoluciones judiciales sino es a través del juego de los recursos y así también con la prohibición de que, los órganos de gobierno de los Poderes Judiciales dicten o impartan instrucciones sobre la interpretación y/o aplicación de la ley. Reitero, el juez solo está sujeto a la constitucionalidad de la ley.

Sin dudas que la independencia jurisdiccional es la más preciada para los jueces, “ejercitando la jurisdicción no hay superior ni inferior, no hay jerarquía, cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce su potestad solo vinculado a la ley” (J. Montero Aroca, “Independencia y Responsabilidad del Juez”, ed. Cívitas, Madrid 1990).

Y como tercer posibilidad de análisis existe la independencia del resto de la sociedad. Los jueces son absolutamente independientes frente a la opinión pública o publicada. Deben evitar someterse a la discusión pública de sus resoluciones.

Pero bien, esto no significa que los jueces no sean monitoreados por las organizaciones que juegan un papel preponderante en la sana administración de justicia, ya los organismos de derechos humanos, los colegios públicos de abogados entre otros lo que si es necesario es que estos no pretendan jugar el rol de administradores de la función jurisdiccional.

3) En cuanto a los contenidos o efectos de la independencia de los jueces, podemos destacar tres aspectos básicos o determinantes de la misma:

a) Inamovilidad. Los jueces no podrán ser removidos de su cargo sin una causal expresa y con la intervención de los organismos de contralor establecidos por la Constitución respectiva (Nacional o Provincial),

b) independencia económica. Aquí nuevamente se entremezclan la independencia del Poder Judicial en su conjunto con la de los jueces en particular. Ello así dado que, por un lado se debe garantizar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial con la aprobación del presupuesto que se fije y la posibilidad cierta de su ejecución y por otro la fijación de retribuciones adecuadas que garanticen la dignidad de la judicatura,

c) incompatibilidades y prohibiciones. He aquí la segunda sujeción de los jueces a actitudes negativas (la anterior era no aplicar leyes inconstitucionales) como por ejemplo la incompatibilidad del desempeño de cargos públicos o privados, excepto la docencia, y la prohibición de pertenecer a un partido político y militar en el. Pero esto trae aparejado la digna retribución de la que hablaba, pues sino, no se le puede exigir al juez que no realice una actividad remunerada.

4) Relacionado con la garantía de la independencia podemos analizar tres tipos de dispositivos que garanticen el ejercicio jurisdiccional independiente uno formal, otro organizativo y un tercero que podríamos llamar real:

a) el formal es que se encuentra reglamentado en diferentes normas desde la Constitución (Nacional o Provincial), leyes o estatutos reglamentarios;

b) el organizativo, en este supuesto, cuando existe el Consejo del Poder Judicial o bien la Corte Suprema de Justicia o los Superiores Tribunales de Justicia asumen la competencia plena ya sea en la selección, capacitación, nombramientos, inspección, régimen disciplinario, garantizan la independencia del Poder Judicial:

c) en cuanto al real, debemos destacar la aptitud del juez para ejercer la jurisdicción apreciando la realidad social, no puede un juez estar ajeno a la realidad socioeconómica y cultural del entorno en el que tiene que juzgar y, para lograrlo un elemento determinante es la capacitación permanente.

33 —

LA CAPACITACIÓN. UN FACTOR PREPONDERANTE DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Aquí me detengo. Este somero panorama descrito en relación a la interpretación de la independencia de los jueces y del Poder Judicial me obliga a adentrarme a lo que por siempre he considerado como uno de los pilares básicos de la independencia. LA CAPACITACIÓN.

A poco de leer la Exposición de Motivos del Código Iberoamericano de Ética Judicial, se advierte el acierto de mi afirmación de párrafos anteriores. La capacitación es un derecho pero a su vez un deber de los integrantes del Poder Judicial.

“La exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia” (Artículo 28 Código Iberoamericano de Ética Judicial). “El juez bien formado es el que conoce el derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas para aplicarlo correctamente”. (artículo 29 CIEJU).

Lo mismo sucede con el Estatuto del Juez Iberoamericano que se

sancionara en el año 2001 en Tenerife (Canarias) y que fuera ratificado por nuestro país, conjuntamente con 21 naciones más. Dedicándole un capítulo especial (artículo 23 al 29) a la Capacitación Judicial, considerando a ésta como un derecho y un deber de todos los integrantes del Poder Judicial.

Ahora bien, dos cuestiones esenciales deben ser resaltadas con el fin de abordar adecuadamente esta cuestión: a) ¿cuando existe la necesidad de capacitarse? y, b) ¿que clase de capacitación es o debe ser exigida?

Con referencia al primer punto se pueden destacar tres momentos o capítulos que la misma debe comprender: 1- la formación inicial o la de los aspirantes a ejercer diversos cargos, 2- la formación continua o permanente y 3- la formación de los recién designados en cualquier cargo del escalafón judicial.

Es importante que me detenga en el aspecto central -a mi criterio- de la aptitud de los profesionales del derecho para ser magistrados. La primera condición para acreditar la idoneidad requerida, obviamente que es la de tener el título de grado (si se posee uno de post grado mucho mejor). Ahora bien, la segunda condición es la actitud activa que debe tener a la colaboración en todas las actividades que conduzcan a la formación judicial. La capacitación continua y permanente del juez, ese “deber-derecho” del que nos ilustra el Estatuto del Juez Iberoamericano (artículo 27). Y en este sentido es que el propio Poder Judicial debe garantizar esa capacitación, proveyendo y procurando los medios para que la misma se lleve a cabo y el juez esté suficientemente preparado para asegurar un servicio de justicia eficiente y eficaz. Pero al mismo tiempo el propio Estatuto establece la obligatoriedad de la capacitación judicial (Artículo 28). Hoy día se ha establecido como tendencia en muchos países, aunque en nuestros estados provinciales aún seguimos discutiendo sobre sus ventajas. Este es un tema en carpeta en el REFLEJAR.

El magistrado debe esforzarse contribuyendo con sus conocimientos al mejor desarrollo del Derecho y a una Administración de Justicia más eficiente, facilitando y proveyendo a la formación de los demás miembros de la colectividad judicial.

Con relación a que tipo de capacitación judicial queremos brindarles a los magistrados, debemos auspiciar un entrenamiento específico, integral, prospectivo y dialógico (Silvana Stanga, “Deber y Derecho a una adecuada capacitación Judicial”).

Que se pretende con ello, en primer lugar no repetir viejos esquemas y contenidos en cuanto a la preparación o formación ya sea de estudiantes de derecho o de noveles profesionales abogados para el ejercicio de su profesión. La capacitación debe atender a las problemáticas propias del ejercicio específico de la actividad jurisdiccional. Se debe procurar formar “al mejor en lo suyo”. Saber hacer.

Debemos evitar una formación excesivamente juridicista o academicista, que se aparte de la específica función jurisdiccional. No debemos obviar la necesidad de nuestros magistrados y funcionarios de perfeccionarse en temas que son propios de la actividad tales como: razonamiento judicial aplicado, redacción y fundamentación de sentencia, lingüística, oratoria, ética judicial, medios alternativos de resolución de disputas, nuevas tecnologías,

medios de interpretación probatorio, liderazgos y, por supuesto los específicos del derecho como Constitucionalidad, Derechos Humanos, Derechos de Pueblos Originarios, Nuevos Derechos, Violencia Familiar, Cuestiones de Género, temas emergentes de la rama específica a la que se dedique y además no descuidar los derivados de todas las ciencias auxiliares del derecho (medicina, psicología forense, criminalística, etc.).

Desde el REFLEJAR estamos avocados a incentivar la formación técnica de los magistrados mediante la implementación de cursos, talleres, seminarios para administrar juzgados, criterios de gestión, liderazgos y uso de tecnologías. Estamos coordinando la actividad de todas las Escuelas y/o Centros de Capacitación Judicial de todo país con el objetivo de colaborar con los Superiores Tribunales y/o Cortes de Justicia a fin de afianzar y reforzar la Independencia Judicial y el Estado de Derecho.

Y, esta formación debe necesariamente ser integral, abarcativa integradora de conocimientos, habilidades y destrezas aplicados en la función del magistrado o funcionarios judicial. Y ello se logra únicamente con una orientación teórico-práctica, con el análisis de casos concretos y no mediante mega encuentros académicos que, si bien son necesarios para favorecer el intercambio de algunos conocimientos, no acercan a los individuos en el compartir experiencia como si ocurre con los seminarios y/o talleres y/o ateneos, en donde los participantes interactúan entre si y con los profesores quienes deben ser verdaderos facilitadores del desarrollo y análisis del derecho aplicado.

En síntesis, la capacitación judicial debe ser sostenida en el tiempo, debe contar con un contenido y una orientación propia de la época y las necesidades del momento, debe versar sobre temas prácticos y/o emergentes, se deben establecer diversos y variados incentivos para quienes se capaciten, hay que utilizar la modalidad de talleres para lograr la vinculación entre pares, se hace necesario seleccionar profesores que comulguen con estos principios a fin de evitar el academicismo.

Ahora bien, hasta aquí los dos temas centrales de la convocatoria, pero como todo en la vida, estos que están relacionados entre si, tienen un denominador común sobre el que no puedo dejar de referir algunos conceptos.

PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

Lo primero que debemos definir es ¿que Poder Judicial queremos? ¿Qué calidad de gestión pretendemos? ¿Cuáles serán los resultados pretendidos? ¿Cuáles las prioridades? ¿Cuál es la visión que tenemos del futuro del Poder Judicial? ¿Cuál es la razón última del Poder Judicial? Y a partir de allí comenzar a desandar el camino hacia el objetivo, fijando las pautas de cómo se hará.

No estamos muy acostumbrados a planificar el futuro, somos más bien irreflexivos e impulsivos en la toma de decisiones que nos hacen pensar que estamos en lo cierto cuando en realidad adelantamos soluciones antes de conocer el problema. Dice Carlos Matus “existe una tendencia a creer que reconocen previamente las soluciones y acomodar la explicación del problema a las soluciones preconcebidas. Existe también una tendencia en

cada actor a creer que su solución y su explicación es la correcta. Estos vicios de irreflexión son opuestos a la planificación como proceso creativo permanente” (Política y Planificación de Gobierno, página 391).

Cuando hemos respondido esos interrogantes debemos encarar el plan de acción a seguir, es decir planificar la estrategia, establecer un programa, sincero y representativo. Esto supone que debe representar el proyecto del Superior Tribunal de Justicia o Suprema Corte de Justicia y las reales necesidades y demandas de los operadores del sistema judicial.

Para evitar el fracaso del programa, la estrategia debe ser global, eficaz y viable. El programa no puede ser un mosaico de módulos inorgánicos. Un equipo central dirigido por un Ministro del STJ/Corte, imaginativo y bien entrenado, tiene la tarea más compleja y debe desarrollar el plan de gobierno que ha sido trazado de antemano, permitiendo la continuidad en el tiempo.

Conclusión. Hay que poner mayor énfasis en la Planificación, en la Administración, en la Gestión y en la Capacitación.



ABORTO NO PUNIBLE

TENSIONES ENTRE LAICISMO

Y EXTREMISMO RELIGIOSO EN ARGENTINA

POR: CLAUDIA HASANBEGOVIC, ROCÍO OLIVA Y DIANA ANDRADA, INTEGRANTES DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN FEMINISTA EN DERECHO, GÉNERO Y JUSTICIA SOCIAL.

CLAUDIA HASANBEGOVIC: ABOGADA (UNLZ). FEMINISTA. FUNDADORA Y COORDINADORA DE EQUIPO DE INVESTIGACIÓN FEMINISTA EN GÉNERO, DERECHO Y JUSTICIA SOCIAL. PH.D. EN POLÍTICAS SOCIALES (UNIVERSIDAD DE KENT EN CANTERBURY, UK), MASTER EN MUJER Y DESARROLLO (ISS, HOLANDA). DIPLOMA EN GÉNERO (UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA MUJER, ALEMANIA). DOCENTE UNIVERSITARIA EN LA UNSAM. CONSULTORA INTERNACIONAL EN GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS. ROCÍO BELÉN OLIVA: LICENCIADA EN TRABAJO SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE VILLA MARÍA. FEMINISTA. CURSÓ LA MAESTRÍA EN CIENCIAS DE LA FAMILIA EN LA UNSAM, DONDE ESTÁ ACTUALMENTE TRABAJANDO EN SU TESIS DE MAESTRÍA. DIANA MABEL ANDRADA: TÉCNICA EN RADIOLOGÍA. FEMINISTA. EJERCE SU PROFESIÓN EN UN CENTRO DE DIAGNÓSTICO POR IMÁGENES DENTRO DEL CAMPO DE LA SALUD DE LA MUJER.

INTRODUCCIÓN

En Argentina según cifras oficiales, se calcula que entre 460 mil y 600 mil mujeres recurren cada año al aborto clandestino y 100 mujeres mueren cada año por la inseguridad en la práctica de estas interrupciones de



37 —

embarazos. Siempre son mujeres pobres y jóvenes. (Campaña por el Derecho al Aborto, 2010). Las situaciones de “aborto no punible” (art. 86 inc. 2do. del C.P.) a las que según nuestro ordenamiento legal podrían acceder las niñas y las mujeres violadas o cuya vida corriera peligro por la gestación, parecen ser de muy difícil acceso. Según el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires en 2004, 30.000 bebés nacen aualmente de madres de entre 11 y 19 años de edad, y en palabras del Ministro Passaglia, “la amplia mayoría son embarazos no deseados o productos de violación” (en D’Angenio, 2004). En tanto que, solamente en tres provincias (Corrientes, Chaco y Misiones) nacen por año 3.000 bebés de niñas de entre 10 y 14 años (Anón, 2012a). Los embarazos de niñas, desde la óptica de nuestra legislación son producto de un violación sexual y por lo tanto las niñas deberían haber podido abortar en forma segura y gratuita. El hecho de que

se lleven adelante los embarazos, sumado a los casos denunciados públicamente e informes de organismos internacionales, señala los impedimentos que encontraron esas niñas al intentar ejercer sus derechos, y que ponen en grave peligro sus vidas. Las niñas menores a 16 años tienen *cuatro veces más riesgo de morir* durante el embarazo o parto que las mujeres de entre 20 y 30 años; y *las criaturas nacidas* de una madre adolescente tienen más probabilidades de morir durante el primer mes de vida que aquellas nacidas de madres mayores de edad. (MNSA, 2010). Estas cifras nos llevan a preguntar ¿qué vida dicen proteger quienes se oponen al acceso al aborto no punible de niñas embarazadas? Además, sumándole a los riesgos para la salud el dato de que la tasa de embarazo de niñas y adolescentes viene en aumento sostenido desde el 2003 (13,6% en 2003 a 15,8% en 2007), nos preguntamos, ¿impedir el acceso a abortos de embarazos productos de delitos no es acaso una forma de instigar a que algunos delincuentes continúen violando niñas? ¿Qué mensaje envían Iglesia y Estado a los potenciales violadores de niñas y adolescentes? Y más aún, ¿cuál es el mensaje que ambas instituciones envían a las mujeres como grupo, y a la sociedad en su conjunto?. Sugerimos que los argumentos ideológicos interpuestos para impedir abortos no punibles son articulaciones de mecanismos que refuerzan el patriarcado en la sociedad argentina, institucionalizan la discriminación de las mujeres y garantizan el acceso de los hombres (como grupo social) a los cuerpos de las mujeres (como grupo social) perpetuando así la violencia contra las niñas y mujeres.

MARCO LEGISLATIVO

La legislación argentina contempla desde 1922 situaciones en las que mujeres embarazadas pueden interrumpir la gestación sin que sean pasibles, ni ellas ni las personas que intervengan para lograrlo, de sanción punitiva. Son los llamados “abortos no punibles”.

El **artículo 86 del Código Penal de la Nación (CP)**, en su segunda parte dice:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Además de las normas del CP, Argentina cuenta con un vasto marco legislativo de derechos humanos, que ha sido recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su fallo del 13 de marzo de 2012 (F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva). Las y los ministros de la CSJN realizaron un análisis exhaustivo de nuestra Constitución Nacional (1994), que integra en su Art.75, Inciso 23 los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, Económicos, Civiles, Políticos, Sociales y Culturales (como el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación hacia la Mujer; la Convención Internacional de los Derechos del Niño, etc.), además de los Convenios firmados y ratificados por la Argentina para la Eliminación de Discriminaciones Raciales, contra la Mujer.

Los organismos internacionales de monitoreo del cumplimiento de los

Pactos y Convenciones Internacionales de derechos humanos por parte de los Estados se han expedido reiteradamente en relación a la Argentina, pidiendo que se removieran los obstáculos existentes para el acceso a abortos seguros y gratuitos en casos de abortos no punibles. Desde 1988 (citado en Cladem, 2009) hasta marzo de 2010 (UN, 2010)

“El Comité (del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos) expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto)”, y por esta razón indica que “El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas.”

Los casos seleccionados para este trabajo señalan que en todo el país existe un patrón de sistemática violación a los derechos que en materia de aborto no punible, se halla legislado por el CP, la constitución nacional (1994) y el bloque de constitucionalidad, con excepción de los fallos que mencionaremos en el punto 3.

En este artículo deseamos aproximarnos a las posibles razones para el no cumplimiento de la ley, ni de las órdenes administrativas emandadas de autoridades jerárquicas superiores, en casos de “abortos no punibles” en el contexto de un Estado “laico”. A modo de hipótesis sugerimos que el discurso político oscila entre lo “laico” y lo “teocrático”, y el mismo impacta sobre el aspecto estructural (funcionamiento de las instituciones, interpretación y aplicación de la ley) del fenómeno legal (Facio, 1999) dejando vía libre a personas de la función pública para comportarse en su función de acuerdo a las creencias personales y/o religiosas en detrimento del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

En este artículo nos proponemos presentar preguntas para cuestionarnos prácticas y promover el debate en torno al aborto no punible, sin aspirar a contestar todos los interrogantes sino precisamente, a dejarlos planteados. Organizamos esta presentación de la siguiente forma: 1) mostraremos resultados de encuestas sobre las opiniones en Argentina respecto al aborto. Ello nos permitirá tener una idea sobre el grado de aceptación socio-cultural a la práctica del aborto, y preguntarnos ¿por qué aquellas personas de la función pública que se apartan del texto de la ley haciendo alusión “a los derechos de los niños por nacer” (Anón, 2012b), o a jueces que se excusan de intervenir por “sus creencias religiosas” (Anón, 2011), están sobrerrepresentados en el sistema judicial y hospitalario de nuestro país? 2) Por medio de una historia de vida de una mujer violada por su pareja íntima que debió recurrir al aborto, y que hemos tomado en trabajo de campo en 2012, señalaremos los obstáculos que puede encontrar una mujer adolescente para acceder a un aborto gratuito y seguro, en la ciudad de Buenos Aires, incluyendo aquellos producto de la falta de coordinación entre distintos poderes, de la existencia de protocolos de actuación y leyes que en la práctica no se cumplen, etc. 3) A través del análisis de tres casos de niñas y mujeres que solicitaron la práctica de abortos a los cuales tenían derecho de acuerdo a la legislación argentina veremos los obstáculos que las mismas encontraron en aquellas funcionarias y funcionarios públicos que tenían la obligación de hacerles posible el aborto, y las consecuencias que estos impedimentos acarrearán. 4) Presentaremos los casos judiciales mencionados en el punto anterior a la luz del análisis de género del fenómeno legal (Facio, 1999),

que permitirá también ver el impacto que el fallo de la CSJN del 13 de marzo de 2012 está teniendo a nivel político en provincias del interior del país, y formularnos interrogantes sobre ¿cuál es el peso que la ideología religiosa extremista tiene en hacer que la ley se quede en mero texto? Y ¿cuál podría ser el interés de un Estado laico en tolerar el incumplimiento de sus leyes constitucionales? En dicho contexto nos referiremos brevemente a los extremismos religiosos que parecen ser elementos ideológicos que obstaculizan la aplicación de las leyes en nuestro país, cuando de aborto se trata. La conclusión, presentará una puntualización de los temas recorridos, una aproximación de las posibles razones para el incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos en los casos citados, y los interrogantes que plantean los avances jurisprudenciales.

1) La opinión de la sociedad

Sondeos realizados entre 1996 a 2012, señalan que la sociedad argentina experimentó cambios en las percepciones sobre el acceso al aborto. En tanto que en 2010, una encuesta representativa nacional señaló que **casi un 60% de las habitantes de la Argentina no está de acuerdo con penalizar a una mujer que se realizó un aborto**, y que en el área Metropolitana ese porcentaje llega al 70%¹ de las personas entrevistadas (Ibarómetro, 2010), en 1996, los resultados de una encuesta en la Ciudad de Buenos Aires, sobre una muestra de 98 personas distribuidas en ambos sexos, entre 13 y 60 años, muestran que un 58% dijo estar a favor del aborto, un 36% en contra, y un 6% no sabía (Mafalda, 1996, Mafalda 1, p.8); y en 2012, en una encuesta en la misma jurisdicción sobre las opiniones de 35 personas (distribuidas entre 16 hombres y 19 mujeres, y entre 20 y 70 años de edad), el 63% se expresó a favor de la legalización del aborto, y un 17% refirió estar en contra del aborto².

Con relación a esta última encuesta, durante el trabajo de campo nuestro equipo también exploró algunas cuestiones cualitativas que aparecieron en forma espontánea en las respuestas a la pregunta “¿Está usted a favor de la legalización del aborto?”. Esta pregunta generó incomodidad entre las personas entrevistadas, debates acalorados que inclusive se trasladaron a nuestro equipo al discutir las respuestas, probablemente porque se trata de un tema que atraviesa nuestras subjetividades, creencias y experiencias de vida más profundas. Tuvimos la sensación de que las personas entrevistadas se encontraban alejadas de la visualización de las diversas circunstancias económicas, emocionales, laborales, de pobreza, de edad, de salud, o violencia pueden coexistir y condicionar las decisiones de las niñas y mujeres al momento de decidir la interrupción de una gestación. Algunas de las respuestas presentaron rasgos moralistas, o por convicciones religiosas católicas, y en todas, estuvieron ausentes ideas acerca “derechos de las mujeres y niñas”, “autonomía de la mujer sobre su cuerpo”, “responsabilidades masculinas en los embarazos”, etc.

Ilustramos algunas de las opiniones vertidas: *“Estoy a favor del aborto, pero no soy abortista”* (mujer); *“Yo creo que quien hace algo debe hacerse responsable”* (mujer y hombre); *“¡Ah no! ¡Les gusta tener novio! ¡que se hagan cargo de las consecuencias, claro se hacen un aborto de un novio y después se pelean y quedan embarazadas de otro y otra vez abortan!”* (mujer); *“en mi casa, donde éramos católicos practicantes, me criaron diciéndome ‘nosotros te permitimos a vos nacer, vos tenés que permitir nacer siempre’.”*

2) Obstáculos para llegar a un aborto no punible (art. 86 inc. 2 CP): una historia

En el año 2012, se realizó trabajo de campo entrevistando a una mujer a quien para este trabajo llamamos “Camila”, y la trabajadora social que acompañó a la misma en su intento de acceder a un aborto seguro y gratuito, luego de haber quedado embarazada después que su pareja íntima la violara. A consecuencia de la violencia de género, ella, de 18 años y su hijita de 10 meses de edad habían quedado en situación de calle. Camila obtuvo alojamiento temporario en uno de los paradores que opera el Gobierno de la CABA en dicha ciudad, es inmigrante de Paraguay desde sus 7 años de edad. En su historia de vida contó que era una de 12 hermanas y hermanos, y que padre asesinó a su madre, habiendo quedado ella huérfana de madre a los 5 años. Cuando llegó a la Argentina traída por uno de sus hermanos mayores, vivieron en una villa y este hermano la golpeaba mucho. *“Me pegaba tanto que un día la vecina se cansó, ¿porque viste que en la Villa las casitas están una pegada a la otra, se cansó y un día llamó a la Policía, después de ahí me llevaron al CAT (Centro de Atención Temprana, dependiente del gobierno de la ciudad de Bs As). Según el relato de Camila, a partir de haber estado en el CAT luego vivió en una institución de la cual conservaba lindos recuerdos hasta que se fue a vivir con una de sus hermanas mayores. Luego, otro miembro de su familia se ofreció ayudarla, esta vez, una hermana. Camila nos contó que “A los 16 me presentaron a Luis, me junté, decían mis hermanas que estaría mejor junto a un hombre que me cuide y que me ayude a tener comodidades.” A partir de entonces formó pareja con Luis, y trabajó hasta que quedó embarazada, allí “(...) dejé de trabajar y al principio él me trataba bien, pero siempre delante de los demás. En la casa me pegaba, me hacía escenas de celos todo el tiempo, cada vez que salía, cuando volvía me decía que había tardado mucho, que dónde estaba, que seguro me fui a ver con un tipo”. El compañero de Camila tenía problemas de alcohol y consumía cocaína, no la dejaba trabajar ni aún cuando él quedó sin empleo y apremiaban las necesidades de alimentar a la hija en común. Según Camila, “Él siempre salía de noche. Siempre volvía borracho y quería tener relaciones. Muchas veces fue así. Yo le decía que no y entonces él me pegaba”. A pesar de los pedidos de perdón y promesas de cambio, la violencia continuaba, por lo que Camila decidió irse y solicitó ayuda en el CAT, pero debido a su edad, fue derivada al programa Buenos Aires Presente (108) y así ingresó a un parador que aloja a mujeres solas o con hijos, en situación de calle, dependiente del GCBA.*

Una vez en el parador Camila se acercó a la trabajadora social que entrevistamos y le planteó que creía estar embarazada a consecuencia de una violación: *“no quiero tenerlo, no puedo además. Menos ahora, en la situación que estoy. Cielo (su hija) es muy chiquita ¿cómo haré con dos criaturas? ... “No es el momento. No quiero además. ¿Cómo hago? ¿Vos me podes ayudar? ¿Sabe cómo puedo hacer para no tenerlo?”.* A partir de allí la trabajadora social la derivó a la salita de salud, allí le confirmaron el embarazo (de 6 semanas de gestación), y cuando manifestó que no quería tener el bebé y que era producto de una violación le recetaron pastillas “oxaprost” y le explicó cómo debía utilizarlas. Sin embargo, no le dio la medicación ni le dijo cómo podía obtenerla. La trabajadora social se comunicó con una legisladora de la ciudad, quien le expresó que por la Ley de Salud Reproductiva la salita debía proveerle las pastillas. Sin embargo, las pastillas debieron ser compradas con dinero recolectado solidariamente entre varias mujeres ya que no hubo forma de acceder a las mismas en forma gratuita ni en la salita, ni en los hospitales públicos. Además de dichos

obstáculos, Camila debió sortear otros de tipo ideológico emocional. En el parador, entre las operadoras además de criticar a Camila diciendo entre otras cosas, *“Esa chica...es muy joven y ya tiene una hija, no se cuida y ahora quiere abortar”*. La trabajadora social les recordó la historia de Camila y que su embarazo era producto de una violación de su pareja, y le respondieron: *“Es lo que ella dice, pero vivió con el tipo todo este tiempo, jamás lo denunció”* (otra trabajadora social). *“No sé si es víctima de violencia, hoy todas dicen que son víctimas de violencia”* (psicóloga). *“Además...no puede abortar... ¿dónde va a abortar? ¿acá? ¿en el parador? ¿Sabes el problema que podemos tener después?...por eso nosotras intentamos persuadirla...ya le hablamos todas, le explicamos que es peligroso...”*. Estas frases, además de indicar creencias personales prejuiciosas y falta de capacitación en derechos humanos de las mujeres que asisten, muestran cómo funcionarias públicas del Estado local carecen de conocimientos jurídicos en la materia, y ante el conflicto entre lo que ellas perciben como “su interés” –no tener problemas en su lugar de trabajo- y los posibles derechos de Camila- no dudan en interferir en la vida privada de Camila, persuadiéndola para que desista de su decisión de abortar. Según nos relataron ambas, Camila y la trabajadora social que la acompañó en el proceso, Camila abortó mediante las pastillas, con sentimientos encontrados hacia su ex pareja. *“Siento rencor y bronca. Yo estoy acá, pasando por esto por culpa de él. Yo lo perdoné y le creía, porque yo quería tener una familia, que mi hija tuviera un papá y una mamá, lo que yo nunca pude tener”*. Al día siguiente de introducirse el Oxaprost, la auxiliar de enfermería del parador informó respecto a Camila: *“refiere haber menstruado y sentir dolores menstruales y haber tomado ibuprofeno y evanol. Se le pregunta si ingirió algún medicamento abortivo y refiere que se indispuso después de un atraso normal. Refiere tener dolores normales menstruales”*.

3) Obstáculos para llegar a un aborto no punible: tres casos y dos fallos excepcionales.

Nos ha resultado llamativo de los casos judicializados sobre aborto no punible que fueron hechos públicos, que ilustramos más abajo con los casos seleccionados, los comportamientos de algunas funcionarias y funcionarios de instituciones, que se han apartado del texto legal. Asimismo, también es notable la intervención de personas identificadas como de la Iglesia Católica y autodenominadas pro-vida, que al tomar conocimiento público del pedido de aborto se acercan a las niñas y sus familiares a intentar disuadirlas; o bien, de “objeciones de conciencia” por creencias religiosas, como si profesar cierta fé permitiera incumplir con las leyes de la Nación³.

3.1. Aborto no punible: aborto terapéutico art. 86 inc. 1 C.P: Pcia. de Santa Fe.

Ana María Acevedo tenía 19 años, era madre de tres hijos, jefa de hogar y muy pobre. En octubre de 2006 le diagnosticaron cáncer en la mandíbula. Estaba cursando su tercera o cuarta semana de embarazo cuando solicitó el aborto terapéutico en el Hospital Iturraspe, dependiente de Santa Fe. Los médicos le negaron acceso al aborto terapéutico, y le suspendieron la medicación para el tratamiento de su enfermedad –para no afectar el desarrollo fetal–, lo que le provocó meses de mucho dolor, la imposibilidad de luchar contra el cancer, el nacimiento prematuro de su hija (a las 24 semanas de gestación) y la muerte de la misma en las siguientes horas, y, finalmente, su muerte poco tiempo después de haber dado a luz a su beba.

Su pedido de un aborto no punible fue analizado por el Comité de Bioética del Iturraspe, y dicha reunión quedó registrada en un documento, y precisa que “en este estadio de la enfermedad aún se puede hacer quimioterapia y radioterapia como chance para mejor calidad de vida”, pero “con el embarazo en curso ambas posibilidades terapéuticas se descartan” (Puyol y Condrac, s/f; Carbajal, 2011; Poder Judicial de Santa Fe, 2008, Fallo 18, To.471). Como resultado de una denuncia promovida por la familia Acevedo junto con abogadas de la Multisectorial de Mujeres de Santa Fe, se abrió un causa penal que derivó en el procesamiento del ex director del Hospital Iturraspe y los jefes de servicio de ginecología y de oncología, por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público. (P.J.Sta. Fe, 2008, Fallo 18, To.471).

3.2. Aborto no punible: violación de mujer idiota o demente art. 86 inc. 2 CP: Pcia. de Buenos Aires.

LMR, una joven de 19 años de edad pero 10 años reales debido a un retraso mental, quedó embarazada a consecuencia de la violación que le infligió su tío. La madre de la joven acudió al hospital zonal porque su hija se sentía mal y cuando le dijeron que estaba embarazada pidió que se le practicara el aborto. Desde el hospital se le indicó formular la denuncia penal. Denunció la violación ante la Unidad Fiscal, y allí la fiscal, de oficio, remitió copia de las actuaciones a la jueza de menores en turno. Cuando la madre de LMR y la joven acudieron al Hospital General San Martín en La Plata, a 100 kms de su residencia y a donde habían sido derivadas, y habiéndose realizado los estudios previos para proceder a practicar el aborto recibe el hospital la prohibición de practicarlo por orden de la jueza de menores quien declaró la “inconstitucionalidad” del art. 86 inc. 2 del CP. A partir de allí, la madre de LMR tuvo que apelar la medida ante la Cámara, y luego que ésta la confirmara, llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires para obtener una sentencia que declarará que el art. 86 inc. 2 CP “era constitucional”. Aún con dicha sentencia, el personal médico y directivo del Hospital Gral. de San Martín de La Plata se negó a practicarle el aborto argumentando “lo riesgoso de la práctica por lo avanzado del embarazo” (habrían fraguado la información de una ecografía). LMR finalmente accedió al aborto en los canales clandestinos de dicha práctica, con la ayuda de una entidad de la sociedad civil. Toda la judicialización de dicho pedido se vio acompañada de las presiones que el rector de la Universidad Católica Argentina de La Plata efectuó sobre la madre de LMR para que desistiera del pedido de interrupción de embarazo. (Carbajal, 2007).

El caso LMR llegó a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al Comité de Seguimiento de los Derechos Civiles y Políticos, cuyo dictamen fue publicado el 28 de abril de 2011 en el cual, dicho organismo estableció que el caso de LMR no era único sino que mostraba “un patrón de violación sistemática de los derechos humanos de las mujeres en la materia e impunidad”, y atribuyeron al Estado argentino la Responsabilidad Internacional por haber Violado los Derechos Humanos de LMR contenidos en los artículos 3, 7 y 17 del Pacto. En la sentencia ordenan al Estado argentino: **pagar una indemnización** integral a LMR y su familia por los daños “moral y psíquico” sufridos; “implementar **protocolos hospitalarios** que permitan viabilizar el acceso a un aborto legal y de calidad”, y “**revisar el marco jurídico nacional respecto del aborto en general**, para evitar que sean sancionadas penalmente las mujeres que interrumpen un embarazo no deseado o forzado, situación que las lleva a someterse a abortos

clandestinos que ponen en serio riesgo su vida y salud integral”. (Carbajal, 2011c; ONU, 2011).

3.3. Aborto no punible: violación de una niña de 14 años como represalia por haber denunciado al violador (Pcia. de Misiones).

Según la información brindada por los medios de comunicación, el embarazo de la niña de 14 años, a quien llamaremos Lía, Este caso llega a los medios de comunicación en agosto del 2011. Lía proviene de una familia humilde de Posadas. Tanto ella como su hermana de 10 años denunciaron los abusos sexuales de su tío materno sobre ellas, y contaron los hechos en cámara Gesell en el Juzgado de Instrucción. Sin embargo, mientras se sustanciaba la investigación el tío al enterarse de la denuncia, y en represalia, encontró a la sobrina de 14 años, la violó, según la madre “a punta de cuchillo” y de dicha violación la niña quedó embarazada. Los abusos sexuales que las niñas habían denunciado habían salido a la luz en una actividad escolar donde tenían que contar el día más triste de sus vidas. Allí ellas describieron que dos años atrás un tío había abusado de la menor y la mayor había intentado defenderla. La madre tomó conocimiento y denunció penalmente a su hermano. Con un embarazo de nueve semanas, la madre de la niña pidió la interrupción del embarazo en el hospital público de Posadas, y dicho pedido fue judicializado (Anón, 2011).

Según las notas periodísticas, “La madre de la niña realizó el pedido en un primer momento ante la jueza de Familia 2 Marta Alegre; pero la magistrada remitió el expediente al juez de Instrucción 6, Ricardo Balor, que investiga los delitos penales, a partir de un planteo de la fiscal Irene Pregot. Balor señaló que el caso no requiere autorización, pero pidió ser apartado del caso y se inhibió de resolver “por una cuestión de principios religiosos” y devolvió la causa a la jueza Alegre. La magistrada la elevó al Superior Tribunal de Justicia de Misiones. La Corte provincial le ordenó a la jueza Alegre que se pronuncie, en tanto que el gobierno provincial, se desentendió del problema.” (Anón, 2012).

Este caso es emblemático entre otras cosas, porque sucede a pocos meses de la condena internacional del Estado argentino en el que se le exige que tome las medidas para que no se obstaculice el acceso a los abortos no punibles. Por otra parte, deja de manifiesto casos de violencia de género contra niñas en la familia, que además habrían sido cometidos —el último ataque que llevó al embarazo— en represalia por haber ejercido un derecho: haber denunciado. También trascendió por los medios de comunicación que la niña habría sido internada en el hospital, y allí se habría permitido la visita de grupos fundamentalistas que le llevaban ropa de bebé y presionaban para que desistieran de la medida. (Anón, 2011). Mariano Antón, del Inadi en Misiones dijo “Manipularon a la madre, le dieron información mentirosa. La niña sigue con su decisión de sacarse eso que le hizo su tío cuando la violó” (Antón en Carbajal, 2011b). Sin embargo, la madre cedió a las presiones y por temor desistió del pedido de interrupción (Anón, 2011).

Entre los rasgos comunes en los casos mencionados encontramos: a) interpretación judicial apartada de la legislación nacional, jurisprudencial nacional e internacional, y de derechos humanos; b) desobediencia de un fallo judicial (Pcia. de Buenos Aires); c) desobediencia de dictámenes internacionales contra el Estado argentino que obligaban a tomar medidas para asegurar el acceso al aborto no punible; d) interferencia de la Iglesia Católica y los grupos llamados “Pro Vida”etc.

Bergallo y Michel (2009) sostuvieron que existían lagunas en la

interpretación judicial del art. 86 inc. del Código Penal, e historiaron las confusiones interpretativas casi siempre ligadas a cambios de gobiernos en el país, y de modificaciones de artículos e incisos. Además, como ya vimos, las Naciones Unidas entre otros organismos internacionales, reclamaron al Estado argentino la modificación de la legislación, para que la interpretación de los abortos no punibles fuera clara sin posibilidad de que el derecho quedara sin ser ejercitado por los vericuetos de las interpretaciones. También pidieron la elaboración de protocolos de atención en casos de aborto no punible.

3.4. Dos fallos excepcionales

Afortunadamente, primero el 8 de marzo de 2010 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, en su fallo F.A.L. s/Medida Autosatisfactiva, Expte. No. 21.912-F-2010, y luego, el 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aclararon la interpretación judicial que debe hacerse al art. 86 inc. 2 del CP. Respecto al fallo del Tribunal de Chubut, “el mismo ha esclarecido el panorama de interpretación judicial en la materia en la provincia” indicando entre otras cosas en relación art. 86 CP “que el legislador ponderó los valores en juego y ante casos concretos donde distintos valores o derechos colisionan, tales como la dignidad, la salud e igualdad, ha optado por los derechos de la persona que ya goza de su plenitud, es decir la mujer” (Ripa, 2011, 130, 131). En la sentencia F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, la CSJN se expidió sobre el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Chubut. Este fallo del máximo tribunal judicial de la nación puso punto final a la interpretación restrictiva del mencionado inciso 2do, indicando que toda mujer que resultare embarazada como producto de una violación está comprendida en el tipo penal, y exhortando a todos los órganos gubernamentales en la esfera de salud del país la implementación de protocolos hospitalarios para hacer más operativos las normas a seguir por las y los médicos en los casos que se presenten. No obstante estos aires de esperanza, ya se comenzaron a oír voces de disconformidad primeramente desde el Episcopado nacional (De Vedia, 2012; Anón, 15/3/12), y en abierto desafío al fallo, desde los gobernadores de las provincias de Salta, Mendoza y La Pampa (Anón, 2012d, y Anón, 2012e), en tanto que el Ministro Alak, en el contexto del fallo de la Corte, manifestó “que la despenalización del aborto no está en la agenda del ejecutivo” (De Vedia, 2012).

45 —

4) Análisis de género del fenómeno legal

Siguiendo a Facio (1999) en su propuesta teórica para hacer un análisis de género del fenómeno legal, entendemos que la ley está compuesta por tres elementos. 1) El elemento normativo-sustantivo, es el texto legal sancionado y promulgado, por las vías constitucionales adecuadas; 2) el elemento estructural, está conformado por las instituciones encargadas de interpretar, juzgar, legislar, y aplicar la ley, el funcionamiento de las mismas, y la interpretación que se le da a los textos legales, etc.; y, 3) el elemento político-cultural, que incluye tanto la cultura existente alrededor de un tema, como el conocimiento sobre los derechos que tengan las personas a quienes esos derechos se refieren y quienes tienen que aplicarlos, y el conocimiento de cómo estos derechos pueden ser ejercidos en la práctica. Incluye entre otros aspectos tales como conocer si la ley se acatará, si las máximas autoridades políticas del país la apoyan o no; las creencias religiosas, de género, raciales, y de clases que atraviesan a las personas, o sobre ciertos

temas, que incluyen a las que son funcionarias de instituciones públicas, etc.

Utilizando estos elementos, en los casos mencionados de aborto no punible se pudo ver cómo los tres elementos del fenómeno legal (art. 86 inc. 1 e inc. 2 CP) no tenían un hilo conductor que hiciera de su aplicación, un trámite sencillo. Sostenemos que el elemento que da coherencia al texto de la ley y a su aplicación, es el elemento político-cultural, especialmente, a través de discursos políticos e instrucciones emanadas de las máximas autoridades políticas de un estado. Son las fuerzas políticas quienes darán partidas presupuestarias para que un programa se efectivice o no, y quienes ordenaran a sus autoridades sanitarias a implementar protocolos.

Respecto al elemento normativo, ya han hablado otras académicas (Bergallo y Michel, 2009; y las Naciones Unidas (LMR, 28/4/2011, citados en Cladem, 2009, etc.) sobre los problemas que han acarreado la redacción, y cambios y modificaciones en la redacción del art. 86 inc. 2 del CP, y la necesidad de adecuar la legislación y la sanción de las medidas administrativas que fueren necesarias, para remover los obstáculos que impiden acceder a abortos seguros y gratuitos.

En relación al componente estructural de la ley, Rioseco Ortega (2005) halló entre los principales problemas en la aplicación de las leyes en violencia de género —que consideramos se aplica también a la especificidad del aborto no punible— en nuestra región, se halla la ideología de las personas funcionarias encargadas de la interpretación y aplicación de la ley, como también la falta de articulación y trabajo interinstitucional. Al decir de Calvo (1993, citado por Rioseco Ortega, 2005, p.28) La lectura y aplicación de cualquier texto escrito, incluyendo las leyes, se realiza desde la ideología del lector, desde sus propias creencias y valores, ya sea consciente o inconscientemente y, por lo tanto, si su ideología está permeada por el patriarcado su lectura, interpretación y aplicación inevitablemente lo estarán.

En los casos mencionados más arriba pudimos advertir por un lado, la falta de coordinación entre servicios médicos, juzgados, y ministerios de salud, debiendo las niñas y mujeres que solicitan abortos en un hospital público debido a violaciones, judicializar su caso, en una situación perversa donde se vieron obligadas a “hacer lo que la ley no manda” (Bergallo y Ramón Michel, 2009) es decir a formular una denuncia por violación.

En relación al **elemento político-cultural**, teniendo en cuenta las estadísticas que mencionamos en la primer parte de este artículo, en Argentina existiría una sociedad que en su mayoría aceptaría la legalización del aborto, y que por lo tanto, los abortos no punibles no serían cuestionados por sus miembros. ¿Por qué entonces parece haber tantas funcionarias y funcionarios judiciales, de defensorías de menores, fiscalías, y hospitales públicos que ostentan creencias personales opuestas a la población en general? Más allá de ello, vemos también cómo en el poder legislativo nacional han dejado caer el carácter parlamentario del proyecto sobre legalización del aborto durante el año 2011, y el 14 de marzo del 2012, ha vuelto a ser presentado, con el aval de 40 diputados y diputadas de diferentes bloques. Desde las jerarquías judiciales, son realmente pioneras en echar luz sobre los derechos y apartarse de las influencias religiosas el máximo tribunal judicial de la Nación, y el Superior Tribunal de Justicia del Chubut, de acuerdo a los fallos antes mencionados. Empero, a pocos días del conocerse el fallo F. 259. XLVI. del 13 de marzo, los gobernadores de Salta, Mendoza y La Pampa hicieron declaraciones públicas desafiando la interpretación judicial del máximo tribunal sobre el alcance del art. 86 inc. 2 CP mostrando que la ley, es mucho más que un texto, es un fenómeno de articulaciones complejas entre texto, poderes políticos, grupos de presión y sociedad.

Sin poder explayarnos sobre este punto, sugerimos que es necesaria hacer pública una postura oficial del poder ejecutivo nacional, como jefa de Estado –no como opinión personal- que confirme el imperio de la Constitución por sobre las creencias personales y religiosas, dado que el “silencio” en esta materia podría ser entendido como venia a las y los funcionarios para anteponer sus creencias personales por sobre sus obligaciones constitucionales.

EXTREMISMOS RELIGIOSOS / FUNDAMENTALISMOS

Por razones de espacio no podemos extendernos en este punto, y preferimos dejarlo como campo de mayor investigación. Con dicha limitación debemos mencionar que en el aspecto político-cultural del fenómeno legal referido al aborto no punible, se encuentra el extremismo religioso Católico. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Religión y de Creencias señor Abdelfattah dijo que: El rasgo común de los extremismos y de los integrismos religiosos, sea cual fuere la religión de que se trate, es la negación, muchas veces por medios violentos, de la igualdad de los sexos. Cuando dichos integrismos se hallan institucionalizados “La mujer queda excluida de la sociedad y relegada a una zona de no ciudadanía y no titularidad de derechos cuya regla es la sumisión total de la mujer al hombre todo poderoso en nombre de Dios, y se institucionaliza la discriminación contra la mujer. (Abdelfattah, 2002, p.40). Asimismo, Marta Alanís, de la organización Católicas por el Derecho a Decidir sostuvo “La jerarquía católica conservadora ha convocado a una verdadera cruzada para influir en las políticas públicas y de esta manera convertir en ley de los Estados sus preceptos morales y sus creencias religiosas (...)” (en Ripa, 2011, p.115)⁴. Asimismo, se sostiene que “las estrategias observadas en los últimos años en distintas provincias apuntan a plantar miedo en la familia en torno de la práctica del aborto (...) y a instalar la culpa por no continuar con un embarazo, aun cuando sea producto de una violación, con un mensaje que replica el de la jerarquía católica más conservadora que incluso rechaza el derecho al aborto en esos casos. (...)” (Carbajal, 2011b).

47 —

6) Conclusión

Las niñas y las mujeres pobres en la Argentina no tienen control sobre sus cuerpos. Pueden ser embarazadas a causa de una violación, o sus vidas correr riesgo durante el embarazo y, a pesar de la existencia de un nutrido cuerpo legal que proclama proteger su derecho a una vida libre de violencia, su derecho a la vida y a la salud, a los derechos sexuales y reproductivos, las instituciones a las que acuden para ejercer estos derechos las dejan desamparadas.

Del análisis que antecede aparecen manos invisibles (o no tanto) que parecerían torcer los textos legales en la práctica, entre ellos la jerarquía conservadora de la Iglesia Católica, como también ideologías políticas autoritarias. La primera parece tener ingerencia en la interpretación de la ley y en las prácticas hospitalarias por parte de las y los agentes estatales, en tanto que de la segunda, depende en muchos casos que se puedan efectivizar los protocolos de atención en casos de aborto no punible y los presupuestos para brindar acceso a abortos seguros y gratuitos. Por supuesto, muchas veces ambas son aliadas, o son gobernantes conservadores los que además adhieren a las políticas extremistas de la jerarquía en materia de

aborto. Esto nos lleva a preguntarnos ¿hasta qué punto es nuestra república verdaderamente laica, libre y democrática? ¿Por qué, si nuestro Estado es laico y no teocrático, se tolera la violación sistemática de los derechos humanos de las niñas y mujeres violadas cuando piden ejercer su derecho al aborto no punible? ¿Qué tipo de contrato no dicho existe entre los distintos poderes ejecutivos y las mencionadas jerarquías eclesiásticas que transforman los derechos y garantías constitucionales en simples palabras sobre papel? Y para cerrar queremos visibilizar a los violadores, estos hombres violentos, delincuentes que embarazan niñas y mujeres, ¿por qué se habla y se escribe tan poco sobre ellos? ¿Acaso no son ellos grandes beneficiarios de que la atención general esté en sus víctimas y no en sus delitos?

En definitiva, creemos que llegó el momento que cómo país nos formulemos el tipo de sociedad que queremos y nos sinceremos entre las proclamas y las prácticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdelfattah, A. (2002) Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las Cuestiones Relacionadas con la Intolerancia Religiosa. Informe presentado por el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, de conformidad con la resolución 2001/42 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.E/CN.4/2002/73/Add.297.
- Anón (2011) No habrá aborto. Línea Capital, 8 de agosto. <http://www.lineacapital.com.ar/?noticia=56231>.
- Anón (2012a) Corrientes: internan a niña de 10 años embarazada. La Nación, 15 de marzo. En: <http://www.lanacion.com.ar/1456908-corrientes-internan-a-nina-de-10-anos-embarazada>
- Anón (2012b) Tomaselli ratificó su accionar en el caso de la niña violada y desconoció la existencia de un protocolo de atención. En: Análisis Digital, Entre Ríos, 17 de febrero. <http://analisisdigital.com.ar/imprimir.php?ed=1&di=0&no=161090>
- Anón (2012c) Arrancedo llevó sus críticas a la Corte. La Nación 15 de marzo, en: lanacion.com
- Anón (2012d) Mendoza, también toma distancia del fallo de la Corte sobre el aborto. La Nación 24 de marzo, en: lanacion.com.
- Anón (2012e) La Pampa analizará el fallo de la Corte sobre abortos no punibles. La Nación 25 de marzo, en: lanacion.com
- Bergallo, P., Ramón Michel, A. (2009) Aborto no punible en el derecho argentino. Despenalización.org.ar, No. 9, Abril.
- Campaña por el Derecho al Aborto (2010) Cuando los derechos humanos no llegan a las humanas, en www.abortolegal.com.ar, accedido el 13/3/2012.
- Carbajal, M. (2011a) Ong de argentina denunciaron ante la cidh las consecuencias de la criminalizacion del aborto. Las tragedias de la penalización. <http://www.taringa.net/posts/info/9904535/Tragedias-de-penalizacion.html>
- Carbajal, M. (2011b) El drama de la chica violada que había pedido un aborto no punible en el hospital de Misiones. Las presiones, las mentiras a una niña. Página 12, 14/8/2011, <http://www.pagina12.com.ar/imprimir/diario/sociedad/3-174428-2011-08-14.html>

- Carbajal, M. (2011c) Una sanción por incumplir con la ley. Página 12, 13/5/2011, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168072-2011-05-13.html> (accedido el 21/5/11)
- Carbajal, M. (2007) La historia del caso LMR y los derechos violados. Página 12, 26 de noviembre, En: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/95267-30119-2007-11-26.html> (accedido el 21/5/11)
- Cladem (2009) Argentina. Jurisprudencia en Derechos Humanos de las Mujeres. Cladem.
- D'Angenio, E. (2004) Por año nacen 30.000 bebés hijos de niñas y adolescentes. Estadísticas del Ministerio de Salud Bonaerense. La Nación, 10 de enero, en <http://www.lanacion.com.ar/562660-por-ano-nacen-30000-bebes-hijos-de-ninas-y-adolescentes>
- De Vedia, M. (2012) Rechaza la Iglesia el fallo sobre el aborto. La Nación, 14 de marzo.
- Facio, Alda (1999) *Metodología de Género para el Análisis del Fenómeno Legal*. En: Facio, A. y Fries, L. (editoras) Género y Derecho, Santiago de Chile: American University.
- Ibarómetro (2010) La Despenalización del Aborto para los Argentinos. Informe de prensa, 23 de julio. En: <http://demo.ibarometro.com/advf/documentos/4c4dc428d966b2.44100477.pdf>
- MSAL (2010) *Embarazo Adolescente*. En: Salud Sexual, No. 3, Año 1, Agosto-Septiembre, Boletín Mensual de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la Nación Argentina. <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/Boletines%202010/Boletin%20Salud%20Sexual%20N3.pdf>
- ONU, (2011) Comunicación No. 1608/2007. LMR versus República Argentina. Presentado por V. D. A. (representada por las organizaciones INSGENAR, CLADEM y ACDD). Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 29/3/2011, informado en CCPR/C/101/D/1608/2007 del 28/04/2011.
- Puyol, L., Condrac, P. (s/f) La muerte de Ana María Acevedo: Bandera de lucha para el Movimiento de Mujeres. Case study on Fundamentalisms. Awid: Women's Rights. (On-line)
- Rioseco Ortega, L. (2005) Buenas prácticas para la erradicación de la violencia doméstica en la región de América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Ripa, M. (2011) "Humanas con Derecho". Derechos humanos y violencia de género en la provincia del Chubut. Buenos Aires: Dunkin.
- Stanovnik, A. (2012) En Corrientes preocupa a la Iglesia el embarazo de niñas. En: Síntesis, La Nación, 18/3/2012, <http://www.lanacion.com.ar/1457511-sintesis>
- UN (2010) Consideration of reports submitted by State parties under article 40 of the Covenant, (Informe de Naciones Unidas sobre el Cumplimiento de Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos por Argentina). United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, 31 March, CCPR/C/ARG/CO/4: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4_E.pdf

FALLOS JUDICIALES:

CSJN (2012) fallo 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, del 13 de marzo.

Tribunal Superior de Justicia del Chubut (2010) F.A.L. s/Medida Autosatisfactiva, Expte. No. 21.912-F-2010

Poder Judicial Santa Fe (2008) fallo 18, Resolución 1576, To. 471, Requerimiento de Instrucción Fiscal No. 1 –ref. a la muerte de Ana María Acevedo, del 11 de agosto.

Notas:

¹ En el llamado interior ese porcentaje alcanza al 49,9%. Además, un **58,5% cree que las mujeres tienen el derecho de interrumpir su embarazo** conforme a sus necesidades y convicciones personales (Ibarómetro, 2010).

² Equipo de Investigación feminista en Derecho, Género y Justicia Social, trabajo de campo 2012, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (mimeo).

³ Por límites de espacio no podemos presentar aquí el análisis de la “objeción de conciencia”, para cuyo estudio sugerimos leer Manzano, Stella Maris, (2011) ¿Maternidad, celibato o muerte? Inadmisibilidad de la Objeción de Conciencia en las Leyes de Salud Sexual y Reproductiva, 15/8/2011, Trabajo Final, Especialización en Medicina Legal, Universidad ISalud (mimeo); y también fallos de la justicia chubutense, comentados en Ripa (2011).

⁴ En ese sentido, ver las declaraciones del arzobispo de Corrientes (Stanovnik en La Nación, 18/3/2012).





LA COMPETENCIA EN EL PROCESO DE AMPARO

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 DE LA CONVENCIÓN 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.- CONSIDERACIONES PREVIAS¹.

Si bien es cierto que la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los magistrados, su ejercicio debió ser reglamentado. En virtud de ello, cada órgano jurisdiccional tiene la competencia que le asigna la ley de la creación y ordenamiento, donde se le han trazado sus límites como apretado cerco, dentro de los cuales debe desenvolver sus funciones.

De esta manera y como bien lo expresaba CARAVANTES, la jurisdicción es la potestad pública de que se hallan investidos los jueces para entender en los pleitos y fallarlos con arreglo a derecho, mientras que la competencia, en cambio, es solamente la medida o amplitud de la jurisdicción. De ello resulta que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos competencia o aptitud para resolver un caso concreto.

Dicho en otras palabras: la jurisdicción la da la ley, principio de orden procesal, y dentro de ella, la competencia la limita.

Determinar, pues, cuál es el órgano competente resulta entonces ser una cuestión de suma importancia, toda vez que ante él deberá interponerse la pertinente demanda como así también –eventualmente- solicitarse las medidas cautelares pertinentes.²

2.- CLASIFICACIÓN:

A fin de establecer la aptitud de un magistrado para intervenir en un proceso determinado, se suele clasificar la competencia en razón del territorio, de la materia y del grado.

Competencia en razón del territorio: Hace referencia a la circunscripción territorial, al marco geográfico dentro del cual el juez puede ejercer su jurisdicción. Atiende a los problemas emergentes de la extensión territorial y busca solucionarle a las partes y al mismo juez los problemas derivados de la distancia.

Competencia en razón de la materia: Dentro de una misma circunscripción judicial existen jueces de distintos fueros y, según el tipo de proceso, le corresponderá entender a uno o a otro.³

De esta manera y a los fines de su determinación se toma en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida, es decir, la índole del asunto sometido a la decisión jurisdiccional.

Por lo tanto, la fijación de la materia surge “ab initio” según sea civil, penal, laboral, etc., el hecho, acto o negocio jurídico constitutivo de la pretensión deducida.⁴

Competencia en razón del grado: Este tipo de competencia aparece vinculada a la organización judicial: el Poder Judicial se integra en base a una estructura piramidal, en cuya cúspide se encuentra el órgano superior, estando constituida por un conjunto de gradas jerárquicas, cuyo rango decrece a medida que se alejan del órgano superior (Superior Tribunal de Justicia, Cámaras de Apelaciones y Juzgados de Primera Instancia).

El grado, entonces, determina la posición que el órgano tiene en dicha estructura.

3.- EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA INDISCRIMINADA EN MATERIA DE AMPARO.

El artículo 4° de la Ley N° V, N° 84 “establece las competencias de los jueces de la acción de amparo de modo absolutamente obvio y expreso”⁵, disponiendo que ella puede interponerse “ante cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer de la acción...”.

Se recepta, de esta manera, el principio excepcional de competencia indiscriminada, universal o supercompetencia, ya que se les concede a todos los jueces de la Provincia el derecho-deber de conocer en las acciones de amparo con las únicas limitaciones de que: 1.) Debe tratarse de un magistrado de primera instancia y 2.) Debe tratarse de un juez con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto.

4.- COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA.

Como bien lo destacan MORELLO y VALLEFIN, “desde su origen, la cuestión de la competencia material en el amparo suscitó una variada gama de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales. El problema -en una suerte de conflicto entre celeridad y especialidad- consistió en determinar si el conocimiento de las demandas de amparo correspondía a todos los jueces sin distinción de fueros o si era menester atender al que fuera competente en la materia en donde el derecho constitucional que reclamaba su protección se manifestaba”.

Dos son, entonces, las posibilidades en este sentido:

a.) Una de ellas es la de otorgar competencia a todos los jueces, sin distinción de materias.

Para justificar esta solución, se fundamenta que:

a.1. Es un criterio eminentemente práctico y atiende especialmente a la naturaleza de los derechos afectados⁶, motivo por el cual ello no puede ser sólo de competencia de algunos jueces, sino un deber inexcusable de todos ellos cuando los interesados les requieran, con fundamento, el auxilio de la autoridad.

a.2. Tal circunstancia evita los conflictos de competencia (que traen dilaciones innecesarias que pueden afectar la rápida protección de los derechos que el amparo intenta brindar) y busca arribar a la pronta terminación de los procesos como lo requiere una adecuada administración de justicia.

Sin embargo, esta medida presenta dos inconvenientes importantes: uno de ellos es que permite “elegir” el juez⁷ (*forum shopping*), ya que los actores

buscarán al “juez más favorable” e interpondrán la demanda ante los magistrados que tengan precedentes acordes a sus pretensiones o que por otras circunstancias sean más propensos a acoger ese tipo de reclamos, lo que asegura una sentencia conveniente.⁸ Y el segundo es que la falta de especialización del juez en la materia de que se trate puede afectar la calidad de la sentencia y el trámite del proceso.⁹

b.) La otra, en cambio, es la de declarar competente a los jueces correspondientes a la materia en donde el derecho que reclama su protección se manifiesta.

El fundamento de esta teoría se basa también en dos principios:

b.1. En primer lugar, en “razones de eficiencia, dado que el mejor conocimiento de la rama que se elija (conocimiento que, bueno es señalarlo, no importa solamente la aprehensión intelectual de leyes, códigos y principios, sino la ambientación y adaptación mentales a los matices y particularidades de la disciplina,... (lo) que redundará en pro de la preparación del abogado o del juez”.¹⁰

b.2. Y, en segundo término, en razones de especialidad, dado que “el juez especializado en el juzgamiento de la materia jurídica en cuyo seno se da el agravio a los derechos constitucionales, parece más apto para detectarlo y repararlo”¹¹, mientras que lo contrario no conseguirá otra cosa “que introducir rémoras y confusiones en la vida de los tribunales de justicia, organizados sobre la ley económica de la multiplicación de las necesidades y de la división del trabajo, llevando a fueros especializados cuestiones ajenas a sus prácticas y experiencia y obstaculizando el libre desarrollo de sus tareas específicas”.¹²

Tales razones, inclusive, hacen concluir a MEDINA OLAECHEA que admitir la tesis contraria significaría una “invasión recíproca, directa o indirecta, de la labor de los jueces”, como así también “admitir un completo, peligroso y perjudicial trastocamiento del orden establecido por una vía excepcional e inesperada del ordenamiento jurídico..., introduciendo un total confusionismo en la labor judicial y entorpeciendo la tarea específica de los magistrados actuando en sus respectivos fueros”.¹³

Sin embargo, como bien lo afirma SAGÜES “la especialización por materias suscita inmediatamente un temor natural, cual es la proliferación de cuestiones de competencia, el retraso en la resolución del problema de fondo y de ahí, la desnaturalización del amparo”.¹⁴

Como ya lo destacara, la Ley V, N° 84, al igual que el Decreto-Ley N° 583/63, prefirió seguir la segunda postura y dejar en manos de todos los jueces -sin distinción de materias- la posibilidad de entender en este tipo de acciones.¹⁵ De esta manera priorizó la valiosidad garantista del proceso de amparo en virtud de la naturaleza tutelar, por sobre la valiosidad -de inferior nivel- de la competencia en razón de la materia.¹⁶

Se trata, sin lugar a dudas, de la tesis correcta, pues de esta manera -y como vimos- se elimina la posibilidad de plantear cuestiones de competencia que “son siempre dilatorias y que, en lo que al asunto interesa, podrían determinar, por la demora que acarrearán, la irreparable consumación del perjuicio que el amparo tiende a evitar”.¹⁷

Es que, en definitiva, esta garantía versa sobre una sola y genérica materia, que es el aseguramiento de la plena vigencia de la constitución y la protección de los derechos humanos, lo que sin lugar a dudas es obligación de todos los jueces.¹⁸

Además, y como bien lo señalara la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, “la acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencia. La doctrina ha establecido que lo esencial del amparo pasa por determinar si la entidad del derecho conculcado justifica la apertura de la vía constitucional; no pasa lo fundamental por el procedimiento sino por el bien de la vida que se pretende tutelar”.¹⁹

Finalmente, debe decirse que las razones de especialidad alegadas por los partidarios de la tesis contraria tampoco resultan dirimientes, dado que “es la totalidad del ordenamiento jurídico que rige cada caso judicial y a la que se acude para la resolución y nunca a una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que la soporta, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto”.²⁰

De esta manera, todo magistrado -sin distinción de fueros- es competente para entender una acción de amparo, motivo por el cual tanto los Juzgados Civiles, Comerciales, Laborales, de Ejecución, Universales, Rurales y de Minería como la jurisdicción penal (atento que la ley no efectúa diferencias al respecto) pueden conocer las demandas de este tipo.²¹

En este último caso, la Oficina Judicial de la circunscripción respectiva es la que debe dar la intervención correspondiente al Juez Penal que corresponda.

5.- COMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO.

El art. 4º de la Ley V, N° 84 señala expresamente que en materia de amparo sólo son competentes los jueces de primera instancia.

No pueden, por ende, entender originariamente²² este tipo de acciones las Cámaras de Apelaciones, ni el Superior Tribunal de Justicia.²³

La solución ideada por la ley de amparo en este sentido (es decir, la de establecer como órgano jurisdiccional competente a los juzgados de primera instancia) fue la de otorgar al amparista -y al legitimado pasivo- una instancia ordinaria ulterior de revisión.

Cabe recordar, al respecto, que la Excelentísima Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut expresó, aún vigente el Dto. Ley 583/64 (pero cuyas palabras todavía son aplicables en esta materia), que “si bien dicha norma..., no limita la competencia en razón de la materia, sí lo hace en razón del grado, otorgándoles, exclusivamente, la facultad de ser juzgado de origen a los de la instancia que menciona. Que -amén de ello- y atento la naturaleza de los derechos que tiende a proteger la vía escogida, resulta, por lo demás, adecuado, asegurar al peticionante la doble instancia.”²⁴

6.- COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO.

En materia territorial, la Ley V, N° 84 exige que la acción de amparo se interponga ante cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer de la acción.

Como se ve, “el principio general es el de que la competencia se determina por el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, cuya vigencia parte de la razonable suposición de que el juez del lugar en cuestión es el que en mejores condiciones se halla para resolver el conflicto en razón de su proximidad con los elementos del proceso, además de satisfacer en mayor medida el principio de inmediación, y se corresponde

con la nota de celeridad que, por esencia, debe presidir el proceso de amparo. Se trata de una acción personal, y la solución legal atiende, asimismo, a la comodidad de los litigantes, solución de justicia puesto que evita dentro de lo posible y deseable, las molestias y perjuicios que generalmente entraña substraer al demandado de sus jueces propios, contemplando igualmente la preferente situación del actor. Esta conjunción aparece así como razonable”.²⁵

Sin embargo, en materia territorial y tratándose de asuntos patrimoniales, cede el principio de la improrrogabilidad de la competencia, aún en materia de amparo, autorizándose su prórroga si media conformidad de las partes. Consecuentemente se ha resuelto que no cabe hacer valer al juez oficiosamente una norma atributiva de competencia territorial, requiriendo articulación de la parte demandada.

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut señaló que “si bien no puede decirse que la acción incoada tenga por objeto una cuestión “exclusivamente patrimonial”, ya que la pretensión es de amparo y declarativa de inconstitucionalidad -aunque en definitiva sean intereses patrimoniales los involucrados- doctrina y jurisprudencia vienen interpretando, que a tenor del art. 2 del CPCC, salvo que se opusiera algún principio de orden público, la competencia territorial es de carácter relativo y renunciable, y puede prorrogarse expresa o tácitamente, y está vedado al juez declararse incompetente de oficio, debiendo esperar la articulación de la declinatoria respectiva pese a lo dispuesto por el art. 4º CPCC... Que en materia de Amparo, se ha admitido la regla de la prorrogabilidad, por ser la más congruente con la economía de este instituto y con los principios generales del derecho procesal, debiendo reconocerse a los accionantes la facultad de radicar la demanda ante cualquiera de los jueces de los lugares en que la medida cuestionada se ejecuta... Que siendo así, corresponde declarar la competencia del juzgado ante el que se impetró la acción”.²⁶

55 —

7.- DESPLAZAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.

Ahora bien: puede ocurrir que, en forma simultánea o sucesiva, se planteen distintas acciones de amparo en virtud de un mismo hecho generador.

Esa pluralidad de acciones, sin lugar a dudas, puede generar conflictos de competencia entre los magistrados que intervienen en ella. Puede ocurrir que un juez decline intervenir en un caso porque hay otra acción similar en otro juzgado, o, inversamente, requiera a otros que le envíen los procesos para concretar su tramitación. También los abogados pueden tener lógicos incentivos para que su causa sea tramitada y resuelta por un juez en particular, produciéndose verdaderas batallas legales en ese sentido, que es justamente lo que en esta materia se quiere evitar en aras de la eficiencia de este remedio y de la celeridad del trámite.

Previendo tal circunstancia, la Ley V, Nº 84 dispone en la última parte de su artículo 4º, que “cuando un mismo hecho, acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el Juez o Tribunal que hubiere prevenido”, es decir, el que se conoció anticipadamente a los otros el tema en cuestión por haberse interpuesto ante él la primera demanda de amparo.

“La prevención, pues, priva al juez natural y competente de alguna parte de su jurisdicción, y es la regla en este punto, que entre dos jueces que

tienen derecho de conocer a prevención sobre una causa, aquél que se anticipa y la toma primero es el sólo competente para continuarla con exclusión del otro”.²⁷

Es decir que, “por virtud de la prevención (un magistrado) ‘hace suyo el juicio’ y excluye a los demás jueces que de él pudieran conocer. Llámese prevención, porque previene y se adelanta a conocer antes que otros; cuya significación metafórica se toma de aquél acto, en que concurriendo dos o más, solicitando su preferencia para el logro de alguna cosa, por la antelación de su asistencia, lo consigue aquel que primero viene”.²⁸

De esta manera, se produce un “desplazamiento de la competencia con sujeción al principio de prevención, cuyo fundamento, a su turno, reposa en evidentes razones de conexidad, concentración y economía procesales, que aconsejan que sea un juez único el que decida una situación o estado jurídico que es común a varios sujetos, y que surge de los mismos hechos (conexidad por razón de la causa por mediar una misma situación de hecho), cuya solución puede obtenerse a través de un pronunciamiento judicial también único”.²⁹

Sin embargo y como bien lo explica RIVAS, la cláusula en cuestión debe ser bien interpretada y, por ende, también se deben hacer jugar los condicionamientos previstos por el art. 190 del Código Procesal Civil y Comercial, esto es, se debe hacer lugar a la acumulación de expedientes sólo si se corresponden con la misma competencia territorial y de grado, si en su tramitación pueden seguir por cauces comunes y si ello no provoca una demora perjudicial e injustificada para el amparista, toda vez que una interpretación “al pie de la letra” podría obligar a éste a litigar en un sitio quizás distinto –y alejado- al que tiene derecho según la regla general (en caso que el amparo tenga efecto en diversas jurisdicciones) o complicar los reclamos individuales que tendrían que seguir el ritmo –seguramente más lento- impuesto por lo menos por una potenciación cuantitativa de los pasos de la causa, sin nombrar el caso de que el primer amparo se encuentre mucho más atrasado que los otros deducidos, lo que llevaría a un retraso inadmisibles e incompatible con la regla constitucional.³⁰

8.- COMPETENCIA PROVINCIAL Y FEDERAL.

Cabe aclarar, empero, que la Ley V, N° 84 sólo se refiere a la competencia de los juzgados provinciales por actos o conductas lesivas provenientes de autoridades locales. Se excluye, por ende, el control jurisdiccional sobre los actos o conductas realizadas por autoridades nacionales.

Es decir que si el acto lesivo proviene de una autoridad nacional, es competente la justicia federal; y si el acto proviene de una autoridad provincial, es competente la justicia provincial.³¹

9.- PLANTEO DE INCOMPETENCIA POR EL DEMANDADO.

Se discute si, declarada la admisibilidad formal del amparo, el demandado puede discutir la competencia del juez interviniente.

Tres son las posturas en este sentido:

1.) La primera de ellas afirma que ello es inadmisibles e irreconciliable con la naturaleza del amparo, pues tal circunstancia generaría un incidente de incompetencia (que es lo que justamente trata de evitar el art. 3° de la

Ley V, N° 84) y atentaría contra la sumariedad y celeridad que deben darse en este tipo de procesos.³²

2.) Otra posición, diametralmente opuesta, en cambio, indica que es posible dicho planteo por el accionado, pues ello no está expresamente prohibido por la Ley de Amparo provincial –a diferencia de lo que ocurre en la legislación nacional- y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial prevista por el art. 16 de la Ley V, N° 84 lo admitiría.

3.) Finalmente, una tercera postura -que podemos denominar ecléctica- afirma que es admisible la interposición del planteo de incompetencia, siempre que no lo sea como excepción de previo y especial pronunciamiento y su resolución sea diferida para el momento del dictado de la sentencia definitiva.

SAGÜÉS, sin lugar a dudas, es quien mejor explica esta teoría: “Impedir al accionado el planteo de incompetencia importa en alguna medida hacer anodinas e intrascendentes para esa parte, las declaraciones del (art. 3°) (algunas de las cuales son habitualmente reputadas de orden público), respecto a la que carecería de medios para efectivizarlas. Ello importaría en primer lugar un contrasentido legal, incompatible con la contradicción y bilateralidad... Los principios procesales vigentes avalan la expectativa enunciada. La garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) provoca el llamado principio de bilateralidad, de controversia o contradictorio, “según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria”. De tal postulado derivan según Hugo ALSINA, la contradicción (o derecho a oponerse a la ejecución del acto) y el contralor (o derecho a verificar su regularidad). Por su parte, el principio de igualdad –también de origen constitucional- impide que a algún litigante se le otorgue ventajas injustificadas. Precisamente, la paridad procesal de quien demanda protección judicial por vía de amparo, y de quien se atribuye un acto lesivo, exige dentro de la tesis de la competencia restringida por razón de la materia, grado y turno, la posibilidad de plantear la pretensión ante el juzgado que se estime competente (por el actor) y de cuestionar esa competencia (por el demandado). Tal parece ser el criterio... más acorde con la justicia en los procedimientos de amparo”.³³

57 —

El Superior Tribunal de Justicia, sobre este tema, indicó que “no corresponde atender la excepción de incompetencia en este tipo de proceso o al menos -si se adoptara la postura doctrinaria más amplia- de considerarla no puede juzgarse como de previo y especial pronunciamiento”.³⁴

La solución parece acertada. Es que existen trámites que no pueden tener cabida en el juicio de amparo por el alongamiento que ello implicaría, y la tesis expuesta resulta la más congruente con el carácter dinámico que debe poseer este instituto, toda vez que evita cualquier posibilidad de interponer dilatorias cuestiones de competencia que puedan dejar consumado el perjuicio que se intenta reparar.

10.- DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA DE OFICIO POR EL TRIBUNAL.

Ahora bien: el hecho de que las partes no puedan articular cuestiones de competencia (por lo menos como de previo y especial pronunciamiento) a fin de evitar obstaculizar la celeridad del trámite, no impide a los tribunales requeridos manifestarse sobre el particular, es decir, analizar la procedencia de su intervención con arreglo a las normas que rigen la materia.

O sea: tal prohibición no resulta aplicable a los magistrados, que siempre tienen el derecho –y deber- de determinar si tienen -o no- aptitud

(competencia) para conocer y juzgar en el caso concreto sometido a su análisis y, en su caso, declararse incompetentes.

11.- APELABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA INCOMPETENCIA.

La resolución que declara la incompetencia del Tribunal no es susceptible del recurso de apelación en una acción de amparo, por no encontrarse comprendida dentro de los supuestos que contempla el art. 11 de la Ley V, N° 84.³⁵

Notas:

¹ Sobre este tema ver LESCANO, David: “Jurisdicción y competencia”, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs.As., 1941.-

² No obstante, cabe precisar que el art. 198 del C.P.C. y C. dispone que “la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”.-

³ ARAZI, Roland: “Elementos de derecho procesal”, parte general, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs.As., pág. 47.

⁴ PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...”, T.I, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 60.

⁵ S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria 09/2011.-

⁶ DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Juicio de amparo”, Ed. Hammurabi, Bs.As., pág. 78.-

⁷ CARRILLO BASCARY, Luis A.: “Introducción a la nueva Ley Provincial de Amparo de la Provincia de Santa Fé N° 10.546”, en Zeuz 53-251.-

⁸ Tal circunstancia, como señalan algunos autores, quita también objetividad. Dice BIDART CAMPOS: “el amparo debe incoarse ante el juez predeterminado, es decir, ante el que está previamente señalado –cualquiera sea- porque ello apareja mayor seguridad de imparcialidad. Es común que de antemano se conozca la posición de los magistrados con relación a la procedencia o improcedencia del amparo, y si bien ello no es de por sí objetable, nos parece que la parte interesada no ha de poder elegir por sí misma aquél de entre ellos que le parezca más favorable a su pretensión. El principio del juez natural tiende, precisamente, a eliminar la posibilidad de que entienda en el proceso un juez especialmente designado o escogido para el caso; el juez –en cuanto órgano estatal- debe ser anterior y predeterminado a la causa...” (BIDART CAMPOS, Germán J.: “Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1969, pág. 357 y 358). Sobre este tema ver, también, GALLARDO, Eduardo: “La competencia en el recurso de amparo”, en L.L. 118-1128 y DIBUR, José Nicasio y GARCÍA CAFFARO, José Luis (“Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-554), quienes indican que “las normas de actuación forense no deben crearle al justiciable condiciones propicias que puedan llegar a afectar la igualdad procesal, ni menos ofrecer oportunidades de este tipo”.-

⁹ Ver, en este sentido, MEDINA OLAECHEA, Pedro: “La competencia y otras cuestiones en torno al recurso de amparo”, en L.L. 107-1193.-

¹⁰ SAGÜES, Néstor P.: “Ley de amparo”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 246.-

¹¹ DIBUR, José Nicasio y GARCÍA CAFFARO, José Luis: “Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-550: es conveniente que el reclamo se radique ante el

magistrado que tiene competencia específica en la materia, quien puede intervenir con la misma celeridad que cualquier otro y con mayor eficacia por su versación especial en esa rama del derecho.-

¹² MEDINA OLAECHEA, Pedro: “La competencia y otras cuestiones en torno al recurso de amparo”, en L.L. 107-1193. Y es más: esta circunstancia, según DIBUR y GARCÍA CAFFARO, echa por tierra el principal fundamento de la tesis contraria, pues –según ellos- es más perjudicial el trastorno funcional que el ocurrente produce al deducir su acción ante tribunales con competencia extraña a la índole del contenido que es materia de la vía excepcional que la dilación propia de una cuestión de competencia, que inclusive podría ser resuelta rápidamente por la Cámara de Apelaciones (conf. “Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-556).-

¹³ MEDINA OLAECHEA, Pedro: “La competencia y otras cuestiones en torno al recurso de amparo”, en L.L. 107-1193.-

¹⁴ SAGÜES, Néstor P.: “Ley de amparo”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 247.-

¹⁵ No obstante que se hable del principio de “supercompetencia”, en realidad – como dice VALLEFÍN- la amplitud es sólo aparente, ya que existen dos limitaciones importantes: el grado y el ámbito territorial (conf. VALLEFÍN, Carlos A.: “La acción de amparo y los límites de la competencia contenciosoadministrativa en el derecho provincial”, en J.A. 1988-II-572).-

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J.: “La competencia en los juicios de amparo”, en L.L. 1999-E-80.-

¹⁷ CSJN, Fallos 245-437 (fallo citado por Néstor P. SAGÜES en “Ley de amparo”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 247). En este sentido, cabe recordar que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, citando a MORELLO, señaló al respecto que “las particularidades propias de la vía inicitada –amparo- determinan que la rigidez o flexibilidad en materia de competencia se vincule con la prelación que quiera darse a los valores en juego. Así, la ley Nacional N° 16986, que reglamenta el amparo en esa jurisdicción, veda en su art. 16 el planteamiento de cuestiones de competencia. Comentando esta norma se ha dicho, que la rigidez, es decir, la estrictez en determinar el juez que tenga competencia en materia debatida, tiene la ventaja de la especialidad del magistrado, pero genera muchas veces conflictos de competencia que conspiran contra la celeridad que debe ser propia del amparo. Contrariamente, la amplitud del conocimiento, con una apreciación flexible de las reglas de competencia, elimina aquella eventual demora pero se resiente la especialidad del Juez” (S.T.J.Ch., sentencia definitiva n° 74/2011).-

¹⁸ Cám. Apel. Penal, Puerto Madryn, in re: “Pavón, Osvaldo José s/. acción de amparo”, Expte. N° 181/2010, noviembre de 2010, y BIDART CAMPOS, Germán J.: “Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1968, pág. 345. Además, no hay que olvidar que “hay zonas grises o fronteras de difícil ubicación, y aunque fueran escasos los casos que estén en esa situación, aunque fuera uno solo, ello ya basta para justificar la posición amplia o general que propiciamos” (conf. ARIGÓS, Carlos R.: “La competencia en la acción de amparo”, Ed. Depalma, Bs.As., 1970, págs. 62 y 109). En contra ver el fallo citado por BIDART CAMPOS en su obra “Régimen legal y jurisprudencial del amparo” (pág. 345), según el cual “el principio general de competencia universal debe conjugarse con otros no menos valiosos que hacen a la organización misma de los tribunales de justicia: el hecho de que el amparo verse, en definitiva, sobre una sola y genérica materia, cual es el aseguramiento de la plena vigencia de la constitución en orden a los derechos humanos, y de que el logro de estos fines sea deber de todos los jueces, no desvirtúa la realidad de que el problema de la efectiva vigencia de esos derechos se plantea en el marco de las relaciones jurídicas de distinta naturaleza, que por tal diversidad están sujetos a juzgamiento por distintos fueros. Precisamente, el juez especializado en el juzgamiento de la materia jurídica en cuyo seno se da el agravio a los derechos constitucionales parece el más apto para detectarlo y repararlo”, como así también lo que señalan DIBUR y GARCÍA CAFFARO: “los casos de amparo no siempre se relacionan inmediatamente con la materia constitucional, sino a través del desconocimiento

de algún derecho ocurrido en un plano regido por normas legales menos amplias y pertenecientes a la competencia de los diversos fueros. Por esto, el haber sido afectado un derecho constitucionalmente protegido, no determina, sin más, la aptitud del conocimiento (de todos los jueces)” (conf. “Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-557).-

¹⁹ Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, sentencia interlocutoria 247/2004.-

²⁰ VALLEFIN, Carlos A.: “La acción de amparo y los límites de la competencia contenciosoadministrativa en el derecho provincial”, en J.A. 1988-II-572 y COSSIO, Carlos: “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1964, pág. 187, nota nº 73.-

²¹ Sobre la posibilidad de que la jurisdicción penal tenga competencia para intervenir en una acción de amparo ver la sentencia de fecha 8 de abril de 2011 dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut dictada en autos “C. M. “C.” c/ N., A. y K., E. A. s/ Amparo” (Expte. Nº 22.158-C-2.010). Allí, el Dr. Panizzi expresó que: “El texto legal dispone que el juicio de esa índole debe iniciarse ante cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el perjuicio debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer de la acción. Es decir, para el inicio de la demanda la ley no distingue la materia que ejerce el juez que conocerá de la acción amparo, por lo que éste puede ser del fuero civil y comercial, laboral, penal, de ejecución o de familia”. Y, en el mismo sentido, el Dr. Royer dijo lo siguiente: “Adelanto mi opinión en el sentido que no encuentro razones atendibles para considerar procedente el reclamo del Juez Penal. En efecto, la elección efectuada por los presentantes, no puede ser observada en razón de la materia, ya que la norma provincial, a diferencia de la ley nacional, no efectúa distingos en dicho sentido, y por ende, resulta competente para entender en el caso, cualquier magistrado que ejerza su jurisdicción en el lugar donde se hubiera producido el hecho denunciado como lesivo”. Luego, en la sentencia interlocutoria 18/2011, el Máximo Tribunal indicó: “La legislación que regula esta vía excepcional es clara y no efectúa ningún tipo de diferenciaciones para elegir el Juez de la causa, por lo tanto, mal puede introducirla el Tribunal llamado a resolver. El demandante puede preferir presentarlo ante el fuero civil y comercial, laboral, de ejecución o de familia e incluso el penal”.-

²² Es decir, ello no excluye la competencia de segundo –o tercer- grado en los términos establecidos por los arts. 11, 12 y 13 de la Ley V, Nº 84.-

²³ S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria Nº 09/2011: “No procede, pues, la avocación per saltum del Superior Tribunal de Justicia ya que éste no cuenta con la competencia para conocer en la cuestión originada, soslayando instancia intermedia”. Además, debe recordarse que “la competencia del Superior Tribunal de Justicia, constituye la excepción de la regla común, ya que se aparta de lo ordinario y ocurre en supuestos excepcionales” (S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria 08/2008). Son aplicables, en este sentido, los mismos fundamentos dados por la Corte Suprema para declararse incompetente en este tipo de acciones: el instituto del amparo no allana los límites de la jurisdicción originaria ni autoriza a sustraer a los jueces naturales competentes el conocimiento de las causas que les incumben. La competencia originaria de los máximos tribunales es rígida y no puede ampliarse por vía interpretativa. Y tal solución no varía por razón de invocarse la premura con que es requerida la tutela judicial impetrada.-

²⁴ Cám. Apel. Esquel, sentencia de fecha 28 de diciembre de 1994 en autos “SOTO VARGAS, Juan José s/. Recurso de Amparo” (Expte. nº 178/94).-

²⁵ MORELLO, Augusto Mario: “Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires”, Ed. Platense, pág. 85.-

²⁶ S.T.J.Ch., in re: “Empesur SA c/. Provincia del Chubut s/. amparo” (Expte. Nº 18.938-E-2002), sentencia interlocutoria nº 16/2003 de fecha 13 de marzo de 2003.-

²⁷ ESCRICHE, Joaquín: “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, Ed. Librería de Garnier Hermanos, Paris, 1896, pág. 1445.-

²⁸ PALLARES, Eduardo: “Diccionario de Derecho Procesal Civil”, Ed. Porrúa SA, México, 1960, pág. 554.-

²⁹ MORELLO, Augusto Mario: “Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires”, Ed. Platense, pág. 86.-

³⁰ RIVAS, Adolfo Armando: “El amparo”. Ed. La Rocca, Bs.As., 2003, pág. 389.-

³¹ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J.: “Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1969, pág. 361: “De todo ello surge: a.) la justicia federal conoce de los amparos que se entablan contra actos de autoridad pública federal, tanto en territorios sujetos a jurisdicción federal como en las jurisdicciones provinciales; b.) la justicia federal es incompetente en los amparos que se entablan contra actos de autoridad provincial o local. Para establecer ambas reglas, la jurisprudencia y la ley tienen en cuenta solamente la naturaleza de la autoridad del acto lesivo, es decir, el carácter federal o provincial del mencionado acto y del demandado. La índole del acto participa de la índole de la autoridad que lo ha cumplido. Ello demuestra que la competencia de la justicia federal o provincial no atiende a la materia debatida en el juicio de amparo, que siempre es un derecho subjetivo de rango constitucional”.-

³² Esta parece ser, por ejemplo, la postura de RIVAS, que señala que “a partir de la sanción del art. 43 de la Constitución Nacional, toda cuestión de competencia destinada a provocar el apartamiento del juez requerido o a dificultar el rápido y expedito avance de la causa, debe ser dejada de lado, por lo menos considerada con criterio absolutamente restrictivo, en homenaje a la protección que la Ley Suprema desea otorgar al particular” (conf. RIVAS, Adolfo Armando: “El amparo”. Ed. La Rocca, Bs.As., 2003, págs. 361 y 362).-

³³ SAGÜES, Néstor P.: “La declaración de incompetencia en el trámite del amparo”, en J.A. 1972-617 (tomo 14).-

³⁴ S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria 74/2011.-

³⁵ En contra ver SOSA, Toribio Enrique: “Amparo contra autoridad nacional en sede provincial”, en J.A. 1989-III-400.-



LA POLISEMIA DEL ART. 86 DEL CÓDIGO PENAL

POR ADRIÁN EDUARDO DUPLATT: LIC. EN COMUNICACIÓN SOCIAL. MAGÍSTER EN PERIODISMO Y SOCIEDADES COMPLEJAS. EMPLEADO EN LA CÁMARA DE APELACIONES DE COMODORO RIVADAVIA (CHUBUT).



El análisis crítico del discurso es una herramienta útil para descifrar la norma que establece los casos de abortos no punibles en nuestro país. Haciendo pie en un estudio gramatical de los enunciados, la tesis amplia resulta la interpretación más adecuada, aunque no la única.

LENGUAJE Y REALIDAD

Wilhelm von Humboldt en 1805 afirmó que el lenguaje no es una simple herramienta para poner en escenario las ideas, sino que éstas se construyen sólo en la medida en que son verbalizadas. A la idea de Von Humboldt se sumó Friedrich Nietzsche al decir que, además, la naturaleza del lenguaje es primordialmente retórica, que las palabras son representaciones de la realidad –no la realidad-, tropos, alusiones figuradas que traducen las sensaciones en enunciados comprensibles. El lenguaje, entonces, se limita a designar las relaciones de las cosas con los hombres. Se entra, así, en terrenos del llamado “giro lingüístico” (Chillón, 1997).

Estas consideraciones no quieren decir que no exista un mundo objetivo, sino que simplemente no se conoce verdaderamente. No existe una realidad o una verdad, pero sí múltiples experiencias individuales que, puestas en común y consensuadas, dan génesis a la “verdad”¹.

Aunando los criterios del giro lingüístico y de la semiótica, se puede establecer que **los enunciados que circulan en una sociedad son convencionales, dependen del contexto social e histórico y no son la única verdad de la realidad objetiva**. Si la denotación es la definición llana del signo, la connotación lleva en sí toda la carga de su entorno. El sentido de un signo requiere de operaciones cualitativas y complejas de interpretación.

El análisis crítico del discurso trata de evidenciar a través del estudio del discurso, problemas sociales y políticos. Es una estrategia cualitativa de abordaje interpretativo de los mensajes (Fernández Pedemonte, 1998:15). La lingüística crítica y el análisis crítico del discurso son disciplinas que se ocupan de analizar las relaciones de dominación, discriminación, poder y control tal como se manifiestan -explícita o implícitamente- a través del lenguaje (Woodak y Meyer, 2003:19). Para hacerlo, se valen del análisis del texto en sí y de su contexto social. En esta oportunidad, se hará hincapié en la dimensión gramatical del discurso, dejando para otra oportunidad un análisis crítico en extenso.

EL ART. 86 DEL CÓDIGO PENAL

El análisis del art. 86 CP se limitará, aquí, a determinar las posibles interpretaciones que pueden realizarse de su lectura, más allá de las condiciones de producción de los enunciados. Es decir, se estudiará gramaticalmente el texto para acotar las lecturas que se pueden realizar de ellos y tratar de conocer si admite las interpretaciones amplias o restringidas (o ambas) en los casos de abortos no punibles.

Art. 86 CP

Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Para su estudio se recurrió a dos expertos en análisis del lenguaje, los Mgter. Eduardo Bibiloni y Sebastián Sayago, ambos docentes investigadores de la Universidad Nacional de la Patagonia.

Análisis del Prof. Bibiloni:

Nominalizaciones: Yendo al punto central de interés, Bibiloni explica que la condición 2 para la no punibilidad provee dos expresiones: ambas son nominalizaciones, “violación” y “atentado al pudor”, es decir, nombres provenientes de otras clases de palabras, en este caso, de verbos, lo cual, dada la índole semántica de los verbos de origen, supone interpretación de “eventos” con un agente intencional. Dado que “embarazo” es también una nominalización, no de “evento”, sino de “estado”, la estructura de la frase consiste en la expresión de un estado derivado, causalmente. La palabra “provenir” es una palabra muy general, que podría pensarse que no comporta, necesariamente, significado causal (podría conectar, en principio, también temporalmente), pero la relación factual entre violación o atentado, por una parte, y embarazo, por la otra, es tal que impide la falacia *post hoc, ergo propter hoc*.

Estructuras de disyunción: En esta condición 2 se manifiestan dos estructuras de disyunción a través de la conjunción “o”. Hay una amplia disputa respecto de si en el uso del lenguaje este conector debe ser interpretado como incluyente o excluyente. La primera de ellas, la incluyente, implica que al menos una de las dos opciones debe satisfacerse; la segunda, que a lo sumo una debe hacerlo. La postura de Bibiloni es que el significado o sentido es el menos exigente, esto es, el incluyente, y que, en el uso, ese significado, habitualmente, se refuerza en excluyente. **Para decidir acerca de una u otra interpretación se hace necesario recurrir a todos los elementos de contexto pertinentes.** El factor interpretativo, como se ve es crucial, y comporta casi siempre una decisión que va más allá de las formas lingüísticas.

Cuestiones de sinonimia: Analiza inicialmente la segunda de las

disjunciones, la que separa las caracterizaciones “demente”, por un lado, e “idiota”, por el otro. Se plantea allí la cuestión, primero, en términos léxicos. ¿Se trata de sinónimos perfectos o no? Bibiloni responde, en principio, que los sinónimos perfectos son raros, ya que las lenguas tienden a eliminar uno de ellos o a mantenerlos pero efectuando distinciones. Dado que las lenguas son incurablemente ambiguas a este respecto y no hay autoridad que pueda fijar y establecer un significado, los usos lingüísticos especiales, **si pretenden evitar la ambigüedad, debieran recurrir a la previa definición, único modo de proceder rigurosamente.** Es su opinión particular que el Derecho tendría que proceder así, pero depende, supone, de múltiples supuestos ideológicos y/o filosóficos.

Además, Bibiloni explica que el mismo problema se verifica entre las denominaciones “violación” y “atentado al pudor” de la condición número 1. La pertinencia de este asunto para el problema que bajo estudio puede plantearse así: sólo si son sinónimos perfectos puede abrirse la posibilidad de que las dos situaciones se interpreten como una y la misma. En el caso inverso, por el contrario, queda abierta la posibilidad (no la necesidad) de que sean dos diferentes.

Precedencia de artículo indefinido: Bibiloni explica que, tal vez, el dato más relevante para decidir en torno del problema planteado es que los nombres “violación” y “atentado al pudor”, ambos son precedidos del artículo indefinido “una/un”. El aporte de esta unidad, en principio, es el de definir una entidad o un evento por oposición a otro u otros de la misma clase. Así, pues, **aun en el caso de que “violación” y “atentado” fueran sinónimos perfectos, la presencia del determinante sugiere que se trata de dos eventos.**

La interpretación en estos casos tiende a proceder como si el enunciador fuera un enunciador ideal y plenamente ajustado a las condiciones semióticas del sistema en uso. Es decir, la interpretación procede en términos perfectamente racionales. Ello lleva a “razonar” así -aclara Bibiloni-: si el enunciador hubiera querido aludir a una única situación se hubiera expresado de esta otra manera: “una violación o atentado...”. La opcionalidad que la lengua brinda es también fuente de significación: esta no sólo se obtienen a partir de lo dicho sino también de lo que se ha desechado como opción disponible en el sistema. Entiende, Bibiloni, que la interpretación jurídica debería proceder siempre como si el legislador fuera un enunciador ideal y racional, pero, aquí nuevamente, supone que puede haber muchas posturas³.

Precedencia de preposición “de”: Otro elemento a favor de la interpretación de disjunción excluyente lo aporta la reduplicación de la preposición “de” delante de ambos términos. Si bien no hay aquí un significado particular de la preposición (que es léxicamente vacía), **si el enunciador quería aludir a una única situación disponía de una mejor opción: “de una violación o atentado”,** afirma Bibiloni.

Cuestiones de género lingüístico: En sentido argumentativo inverso podría alegarse que ello no se dio por la diferencia de géneros de ambos nombres. Eso podría explicar -dice Bibiloni- la insistencia en dos artículos, pero no en dos preposiciones. Se le escapa -aclara- la necesidad referencial de la selección de los dos nombres “violación” y “atentado”: si eran estrictamente necesarios ambos, por ser diferentes en su alcance, el problema de los diferentes géneros es inesquivable. Si no tenían tal necesidad y se incluyen por una necesidad más bien estilística de no repetir (tan impuesta por la escuela en general), le parece inconveniente (y por tanto, rechazable como hipótesis interpretativa, siempre dentro de una hermenéutica racionalista, por supuesto) que el legislador, por una razón estilística, haya arriesgado la claridad de aplicación del artículo. **Todo ello aconseja, mejor,**

la interpretación de disjunción excluyente, cree Bibiloni.

Otro aspecto, también de género que lleva a esa misma interpretación es el del participio “cometido”. Si la intención del legislador hubiera sido la interpretación incluyente tenía la opción clara de usar “**cometidos**”.

Ambigüedad de pronombre demostrativo “este”: Para finalizar, Bibiloni considera el enunciado final del artículo y en particular, el demostrativo “este”. Afirma que allí existe otra ambigüedad. ¿“Este caso” es el caso 2, en conjunto, o es el caso del “atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota”? Los criterios de análisis antes empleados inclinan esta ambigüedad del lado de la referencia a una única situación, ya que si se quería evitar la ambigüedad podía recurrirse a la opción, disponible, “en este último caso”. Obviamente, afirma Bibiloni, si “este caso” es todo el caso 2, y se habla del representante legal, requerido sólo si trata de una mujer demente o idiota, que por sí no puede prestar consentimiento, entonces, todo el caso 2 se halla restringido a ese caso especial.

Análisis del Prof. Sayago:

Para Sayago, el inciso 2 del artículo 86 es ambiguo. **Las dos interpretaciones son plausibles:**

a) Excepción de violación (en gral.) + atentado al pudor sobre mujer idiota

Sayago lo justifica explicando que el acto de violación tiene una referencia general (vale para toda mujer) y no una referencia específica a la mujer idiota o demente. Esto **se puede inferir del número del adjetivo “cometido”. Al ser singular, tiene un alcance limitado: solo modifica a “atentado al pudor” y no a “violación”**. Para que la violación esté referida específicamente a la mujer idiota, el texto debería ser el siguiente: “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometidos sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

b) Excepción de violación sobre mujer idiota o demente.

Aquí, la justificación de Sayago está dada porque el acto de violación tiene una referencia específica a la mujer idiota o demente. Esto se puede inferir de la segunda oración del inciso. Dice “En este caso”, por lo tanto indica que **se está tomando todo lo anterior como un único caso**. También aquí importa el número (no de una palabra, sino de toda la frase: “este caso”). Sayago aclara que si se presupusiera que son dos casos diferentes (la violación general, por un parte, y el atentado al pudor de la mujer idiota, por otro), debería haber alguna marca lingüística que indique que el sentido de esta segunda oración se aplica solo para el segundo caso. El texto debería ser el siguiente: “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este **último** caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Entonces, concluye Sayago, en términos gramaticales depende de dónde se ponga el foco de atención. Las dos interpretaciones están justificadas. Pero -advierte-, **de los dos argumentos, el primero es el que tiene más peso**. Por un lado, es claro que el alcance del modificador “cometido” es muy limitado y deja afuera a “violación”. Por otro, se puede inferir que la frase “En este caso” hace referencia al último caso mencionado. Para iluminar su postura, Sayago recurre al siguiente ejemplo: “Vinieron Juan, María y Pedro. Este llegó muy cansado” (“Este” hace referencia a “Pedro” por cercanía y concordancia: es el elemento más próximo que coincide en género y número). Como consecuencia, para Sayago, la primera sería la

lectura preferencial, en tanto es la que más se corresponde con la información gramatical de las oraciones del inciso.

Es decir, un análisis estrictamente gramatical del art. 86, inciso 2, CP devela que ambas interpretaciones son factibles, pero la mayor cantidad y calidad de argumentos se encuentran del lado de la exégesis amplia: se trata de dos supuestos diferentes, por un lado violación y, por el otro, atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente.

TEXTO Y CONTEXTO

Como se anticipara, no se realizará un análisis crítico completo del artículo 86 del CP, necesario para reducir aún más el número de interpretaciones -aunque aquí, aparentemente- sólo se trataría de dos. De igual modo, con dicho análisis, podrían inferirse las motivaciones e intenciones de los enunciadores.

Una aproximación célere al contexto social en que se sancionó el artículo (1921) permite vislumbrar la integración masculina del Congreso, la impronta de las teorías eugenésicas provenientes de Estados Unidos vía Europa (Zaffaroni, 2009), además de la utilización de traducciones del código francés, que a su vez provenían del suizo redactado en alemán (Bergallo y Michel, 2009), idioma que diferencia la violación de la mujer “idiota o demente” -que podría llegar a consentir la relación- y la violación de la mujer “normal”, utilizando dos vocablos diferentes para cada supuesto. Esto último -una mala traducción- podría explicar la innovación biológica de dejar encinta a una mujer tan solo con un atentado a su pudor. Sin embargo, la feble traducción no explica la desaparición de comas que en los códigos europeos separan ambos conceptos, lo que provoca interrogantes a despejar: ¿Fue algo intencional? ¿Influyeron el clima epocal y la elite gobernante conservadora? ¿El pasaje de “mujer” a “madre” dentro del mismo artículo fue para evitar repeticiones semánticas o se cargó emotivamente el segundo término, más ligado espacialmente en el texto a la acción del aborto -es decir, si hay una madre, hay un hijo?

Las dudas son muchas. Si las teorías eugenésicas condicionaron la no punibilidad del aborto en caso de mujer idiota o demente. ¿por qué una mujer normal no podría abortar si mediante exámenes del feto se determina su anormalidad? Y en caso de no aceptarse la idea de la eugenesia y explicarse el aborto no punible por la incapacidad de la mujer idiota o demente para discernir sobre su sexualidad y maternidad, ¿no está en las mismas condiciones la mujer -en general- violada?

El texto del art. 86 del CP permite una lectura bifronte, pero con una marcada inclinación a una interpretación amplia del aborto no punible. El nuevo clima de época -derechos de la mujer a su sexualidad, a la salud reproductiva, a decidir sobre su cuerpo, además de los antecedentes jurídicos como la reciente sentencia del STJCh-, restringe aún más la exégesis del artículo, a la vez que amplía la idea de una sociedad más igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA:

- BERGALLO, Paola y RAMÓN MICHEL, Agustina (2009): “El aborto no punible en el derecho argentino”, en www.despenalización.org.ar, nro. 09, abril de 2009.
- CHILLÓN, Albert (1999): *Literatura y periodismo. Una tradición de relaciones promiscuas*. Barcelona, UAB.

FERNANDEZ PEDEMONTE, Damián (1998): *Diarios y empresas: relatos de conflictos. Prácticas de análisis del discurso*. Colección Cuadernos Australes de Comunicación. 3. Buenos Aires, Fac. de Ciencias de la Información. Universidad Austral, págs. 15/16.

WODAK, Ruth y MEYER, Michael (2003): *Métodos de análisis crítico del discurso*. Barcelona, Gedisa.

ZAFFARONI, Raúl (2009): “Clases peligrosas. Positivismo, eugenesia y política”, en diario *Página/12*, 10/12/09.

Notas:

¹ “Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo” (Wittgenstein, 1989:130).

² Este uso, el de “y/o”, es, precisamente, un recurso, no del lenguaje común sino de usos especiales, que se emplea para evitar la ambigüedad de la disjunción, expresando que se trata de un sentido incluyente.

³ En el caso de “idiota o demente”, por lo demás, ha mostrado que la opción de no reiterar el artículo se halla disponible.



LA VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS PERSONAS, ESTÁNDAR PARA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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, 1999.



*No hay que invertir el orden de la Justicia
mirar por los más infelices
y no desampararlos sin más delito que su miseria.*
-ARTIGAS-

Según FERRAJOLI¹ en un Estado de Derecho liberal, la Constitución consagra derechos sentando prohibiciones y prestaciones negativas por parte del Estado, a la vez que en el Estado de Derecho social se incorporan también prestaciones positivas para garantizar los derechos sociales. En cualquier caso se requieren tres condiciones conjuntas, según FERREYRA², para decir que estamos ante derechos subjetivos: que sean tutelables jurisdiccionalmente, que puedan ser ejercidos o reivindicado frente a un sujeto determinado y que su contenido implique una “obligación de conducta”.

Al decir de este autor las “constituciones no vulnerables” son las que encabezan y aseguran “la implementación racional de los planes de vida de la gente”, y allí están los derechos sociales, es decir, para cumplir con los sueños; dice GIL DOMINGUEZ³, que “Entre el nacer y el morir existe un ciclo vital que debe ser transitado con mínimas condiciones de existencia garantizadas en última instancia por el estado mediante las instrumentación de acciones positivas y políticas activas...el derecho fundamental a la vida tiene una clara concreción y tutela en los comienzos y en los finales. Pero en el desarrollo de la vida misma existe una gran ausencia conceptual que se suple en la medida en que se vislumbra que los derechos económicos, sociales y culturales le dan un sentido al desarrollo de la vida. Sin procura de una existencia asegurada, sin un piso mínimo garantizado, el derecho a la vida en cuanto su contenido material es una fórmula vacía”.

Los derechos clásicos fueron diseñados sin tener que abordar la exclusión social y jurídica⁴, son para personas que “**están instaladas en el bien**”. El remedio es por parte del Estado la organización de instituciones más inclusivas pero ello no sucede con la frecuencia deseable, según describe este autor. “El primer paso fue poner de manifiesto la ausencia real de disfrute. Con ironía, puede decirse que el Derecho es como un hotel cinco estrellas: está abierto para todos, pero sólo algunos entran en él; los que pueden pagar la habitación. Existe un umbral de entrada al Derecho que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios, contratantes, trabajadores o actores en un procesos” (página 280). El segundo paso, es “mostrar que el umbral fáctico era también epistemológico. Estas exclusiones permanecieron ocultas bajo nuestros esquemas mentales, ya que el modo de ver es el que impide ver, y cuando cambia aparecen otras evidencias” (página 280).

A principios de los 90s, GALBRAITH⁵ creó el concepto de la cultura de la satisfacción en la cual *“es más que evidente que los afortunados y los favorecidos no contemplan su propio bienestar a largo plazo... reaccionan, y vigorosamente, a la satisfacción y la comodidad inmediatas. Este es el talante predominante... el resultado es un gobierno que se ajusta no a la realidad o a la necesidad común sino a las creencias de los que están satisfechos”*, perspectiva que por cierto condiciona de modo relevante el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos sociales.

La investigadora social de la Universidad Nacional de Córdoba, Maristella SVAMPA⁶, sostiene que *“la conquista de los derechos está lejos de ser un proceso evolutivo y mucho menos “irreversible” destacando que en la Argentina de los 90s, el proceso de cercenamiento de la ciudadanía social fue de gran envergadura evidenciado por en la institucionalización de la precariedad laboral, la expulsión masiva de trabajadores del mundo del trabajo, los sujetos fueron así despojados de los derechos sociales y debieron aceptar, indefensos, la redefinición de las reglas de juego”*, retroceso en grado severo que la autora constata en los derechos sociales y en los civiles y políticos también que afecta especialmente a los jóvenes de las clases populares y clases medias y bajas amenazados por la exclusión y estigmatizados como la *“nueva clase peligrosa”*.

Por eso, FERRAJOLI sostiene que los derechos de los débiles no deben quedar *“abandonados al libre juego de la ley del más fuerte”*. Por el contrario, esos derechos de los débiles se constituyen en el objeto y sentido de las leyes que los protegen (p. 76), por eso la Constitución es la *“la ley del más débil”*, un concepto jurídico que los autores españoles denominan *“Derecho de la Inferioridad”* en base al principio de interpretación del artículo 51 de la Constitución española que establece las denominadas *“normas de acción”*, es decir, normas que conminan a los poderes públicos a llevar a cabo conductas *“amparadoras”* o *“garantizadoras”* de las personas.⁷

La situación fáctica relevante en el caso en el que el juez debe dar protección a un ser humano es entonces la situación de vulnerabilidad proveniente de una condición de hecho como puede ser la falta de recursos económicos indispensables para afrontar una enfermedad o la falta de vivienda, o de educación, como sucede cuando una persona se encuentra viviendo una situación de calle, o sin agua potable, sin el medicamento para conjurar una enfermedad progresiva e irreversible, o de falta o insuficiencia de atención médica adecuada, de establecimientos educativos que no están en condiciones, de falta o insuficiencia de recursos humanos y equipamientos médicos en hospitales.

Cuando se cambia la mirada con relación a situaciones como las enunciadas, logramos dejar de ver la realidad de los otros desde la satisfacción propia y asumimos la inaceptabilidad de la exclusión del otro en base al respeto que merece.

Surge así una forma de hacer el derecho enfocado en el acceso a los derechos y a su eficacia, cuya consagración normativa, aún hoy, sigue siendo muchas veces, meramente retórica, esto es, los gobiernos no tienen mandatos constitucionales de eficacia o bien los legisladores omiten incluir en las leyes reglamentarias cláusulas en tal sentido.

La situación de vulnerabilidad de las personas ha sido expresamente contemplada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, refiriéndose concretamente a los pobres y los excluidos. Para ello dispone que ha de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos (artículo 17); Que la Ciudad debe asistir a las personas con necesidades

básicas insatisfechas (artículo 17); promover el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades (artículo 17); promover el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio (artículo 18); resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos (artículo 31, inciso 1); promover la integración urbanística y social de los pobladores marginados (artículo 31, inciso 2); la recuperación de las viviendas precarias (artículo 31, inciso 2). En relación a este derecho, valga destacar que ya la Constitución nacional de 1949 establecía que el “Derecho a la vivienda” era el derecho a un *“albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana”*.

Asimismo, y también desde el punto de vista subjetivo, la Constitución de los porteños, reconoce a la mujer único sostén de hogar, estableciendo que la Ciudad facilita a las mujeres en tal caso, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social (artículo 38). Encontramos un antecedente en la Constitución nacional del año 1949 cuando dispuso que *“La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado”*.

Al igual que la Constitución de los porteños, la Constitución de la Provincia del Chubut ha seguido un criterio subjetivo centrado no sólo en la vulnerabilidad económica de la personas sino también en la proveniente de la niñez y la “niñez desvalida” (artículos 27 y 74 respectivamente), la juventud (artículo 28), la ancianidad (artículo 29), la discapacidad (artículo 30), siendo excepcional ya que no se encuentra en otro texto constitucional actual (ni nacional ni provincial) una disposición similar a la del artículo 31 en virtud del cual el Estado posibilita el desarrollo pleno de las personas con capacidades o talentos de *“notorio nivel”*, a cuyo efecto, debe brindarse la educación correspondiente reconociendo así el antecedente de la Constitución del año 1949, la que establecía que los alumnos *“capaces y meritorios”* tienen el derecho de alcanzar los más altos grados de instrucción para lo cual el Estado aseguraba el ejercicio de este derecho mediante *“becas, asignaciones a la familia y otras providencias que se conferirán por concurso entre los alumnos de todas las escuelas”* con lo cual en una perfecta técnica legislativa, se reconocía el derecho y a su vez se disponía la cláusula para su eficacia.

También la Constitución nacional del año 1949 establecía en relación a la ancianidad el “Derecho a la asistencia” poniendo en cabeza del Estado la obligación de proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creados, o que se crearen con ese fin, *“sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes”* con lo cual quedaba destacada la protección legal hacia el colectivo de la ancianidad más allá de su condición económica, de lo cual nuevamente se advierte un criterio integral, de inclusión de todas las personas ancianas en la tutela constitucional, lo cual exhibe un concepto absolutamente actual de protección.

Desde un punto de vista subjetivo y al igual que el reconocimiento que efectúa la Constitución nacional a los pueblos originarios, la Constitución provincial en el artículo 34, establece que la Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, respetando su identidad aunque como sostiene HUALPA pese a que la participación de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas ha quedado establecida con rango constitucional en 1994, *“Contra la contundencia de estas normas, se erigen*

numerosos escollos de orden político, jurídico y social”⁸. Es decir, siempre se constata en materia de estos derechos, una constante tensión entre el reconocimiento normativo y su eficacia.

Otro colectivo de personas expresamente incluido en la Constitución provincial se halla en el artículo 36 referido a los veteranos de guerra siendo un precedente notable. Ahora bien, desde un aspecto sustancial, la Constitución porteña reconoce la “Justicia social” y la “economía social” estableciendo que es política de Estado que la actividad económica sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social (artículo 48) y promueve el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, los emprendimientos cooperativos, mutuales y otras formas de economía social. En tanto que la Constitución de Chubut establece en su artículo 80 que es obligación del Estado remover los obstáculos de orden económico y social que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de los ciudadanos en la organización política, económica y social de la Provincia.

En aras de la eficacia de los derechos fundamentales, es importante destacar la coincidencia entre las Constituciones de la Ciudad de Buenos Aires y la de Chubut, al señalar que el gasto en salud es una *inversión social*, la que además, en el caso porteño, se la califica de *prioritaria*, estableciéndose de este modo una obligación a los gobiernos en cuanto al rumbo de sus políticas públicas en la materia.

En cuanto al derecho a una vivienda digna, el artículo 77 de la Constitución de Chubut establece la prioridad de los sectores de menores recursos de modo similar a la Constitución de los porteños, es decir, dando prioridad a los desfavorecidos. En ello puede advertirse la correlativa importancia de que los ciudadanos cumplan debidamente con sus obligaciones impositivas, en tanto, los recursos del Estado para afrontar los mandatos constitucionales relativos a derechos sociales, provienen precisamente de dichas obligaciones a cargo de los sectores económicos y sociales no desfavorecidos. Más aún cuando el artículo 21 de la Constitución provincial condiciona la efectividad de los derechos sociales a las necesidades prioritarias del Estado y a sus disponibilidades económicas.

En el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, se establecieron normas que se encuentran vigentes a través de la Constitución actual de la V República de 1958 que proclaman, “*como particularmente necesarios en nuestra época*”, a los siguientes principios políticos, económicos y sociales: la igualdad de la mujer con el hombre, el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo, el derecho a la acción sindical, el derecho de huelga, la participación en las convenciones colectivas de trabajo y en la gestión de las empresas, se garantizaba a todos, y en especial al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, de su seguridad material, de su descanso y de su tiempo libre, a lo cual se agregaba que todo ser humano que, en razón de su edad, de su estado físico o mental o de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad, medios de existencia decorosos, la nación francesa garantiza la igualdad del acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura, consagrando la organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles como un deber del Estado.

Y en esa Constitución francesa del año 1946 ya se reconocía que “*Todo bien y toda empresa cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe pasar a ser*

propiedad de la colectividad”, lo que fue receptado de modo similar en la Constitución de 1949, cuando decía “El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución”.

A su vez, la Constitución italiana de 1948, en su artículo 3 habla de la supresión de los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, el desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de los trabajadores en la organización, económica, social y política del país, y en el artículo 24 al decir que todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, garantizando a los *“desprovistos de recursos económicos”*, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La Constitución de la Provincia del Chubut consagra en su Capítulo II, los Derechos Sociales, al definir al trabajo como un derecho y un deber de carácter social (artículo 23), al reconocer, en el artículo 25, el derecho de todo habitante a constituir una familia asegurándole protección social, económica y jurídica como núcleo primario y fundamental de la sociedad, reconocimientos normativos que se hallan acompañados de una cláusula de eficacia al establecer la inembargabilidad tanto del bien de familia como de los elementos necesarios para el trabajo intelectual o manual, cuyo antecedente es la Constitución nacional del año 1949 que estableciera que *“El Estado garantiza el bien de la familia conforme a lo que una ley especial determine”*.

En conclusión, se trata de concretar el ejercicio efectivo de derechos fundamentales por parte de personas que por causa de su situación de vulnerabilidad económica o proveniente de su pertenencia a colectivos etarios o por alguna otra condición especial (como en el caso de los veteranos de guerra, mujer sostén único de hogar, indígenas, o cualquiera de las circunstancias de vida a las que se refiere el artículo 74 de la Constitución de Chubut, tales como la desocupación, el nacimiento, la niñez desvalida, la enfermedad, el desamparo, la invalidez, la vejez y la muerte) se encuentran ante muchas dificultades o bien directamente excluidos del goce de los mismos.

Por ello, es auspicioso que los tribunales del país vayan cada vez más ampliando la tutela y efectividad de estos derechos ya que *“No basta con reconocer o proclamar un derecho fundamental, lo que, con toda su gran importancia, a veces resulta un tanto simple. Es preciso ir concretando su ámbito y contenidos, y a tales efectos resultará decisiva la función jurisdiccional...”*⁹ más aún cuando, como bien señala PANIZZI, *“...la deserción del Estado a las necesidades de sus habitantes es cada vez mayor; muchos jueces parecen haberse convertido en organismos asistenciales ya que la comparecencia ante los estrados parece ser el antídoto más eficaz contra el descuido de los derechos sociales de los ciudadanos”*.¹⁰

Notas:

¹ “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 2004

² FERREYRA, Raúl Gustavo, “La Constitución vulnerable. Crisis Argentina y tensión interpretativa”, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2003

³ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, mayo de 2009, p. 149.

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Éste es uno de los problemas fundamentales de la conformación económica actual: se producen riqueza y bienes pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos. El sobreconsumo convive con la pobreza más ominosa, las tecnologías más asombrosas no logran oscurecer expresiones de un primitivismo que se creía abandonado. Tanto a escala mundial como en las sociedades nacionales y en las ciudades, el problema de la fractura, de la existencia de dos mundos disímiles, de la exclusión y del acceso, se hace presente*”, en Teoría de la Decisión Judicial- Fundamentos de Derecho-, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, página 278

⁵ GALBRAITH, John Kenneth, “La Cultura de la Satisfacción”, Emecé Editores, 1992

⁶ SVAMPA, Maristella, “La sociedad excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo”, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2005

⁷ MENENDEZ-MENENDEZ, Adolfo, en “Estudios sobre la Constitución Española- Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1991, página 1900

⁸ HUALPA, Eduardo Raúl, “Sin Despojos. Derecho a la participación mapuche-tehuelche”, Cuadernos de ENDEPA 4, Trelew, Chubut, Argentina, año 2003, página 14

⁹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Eficacia y Garantía de los Derechos Fundamentales”, en “Estudios sobre la Constitución Española- Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1991, página 585.

¹⁰ PANIZZI, Alejandro Javier, en “Las Funciones Malditas del Poder Judicial”, LA LEY Suplemento Actualidad, 10 de marzo de 2009.



TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y GESTIÓN (GERENCIAMIENTO AL SERVICIO DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA)

PARTE I: LAS TIC'S

POR GUILLERMO RAFAEL COSENTINO, SECRETARIO DE INFORMÁTICA JURÍDICA, PLANIFICACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHUBUT. PROFESOR UNIVERSITARIO.



*Se informa que el presente trabajo, el que continuará en la próxima edición N° 27 de El Reporte, forma parte del “Tratado de Derecho Judicial”, en su capítulo “Tecnologías”, en elaboración por la Universidad Austral.

INTRODUCCIÓN

Comienzan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) en el ámbito de la Justicia, allá en los finales de los años setenta, cuando la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal (Poder Judicial de la Nación), puso en marcha el sistema informatizado de adjudicación de causas.

Eran tiempos en los que la informática y el derecho se daban la mano en el Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ), único banco de documentación jurídica de habla hispana, dependiente del entonces Ministerio de Justicia de la Nación. A principios de los ochenta, de la mano de su Director Rafael Bielsa, comienza un proceso de difusión de la información jurídica con alcance general y bajo la impronta de incorporar la jurisprudencia y legislación de las provincias. La sistematización e informatización de grandes documentos jurídicos era denominada en aquella época “informática jurídica documental”, definida así, por ser distinta de la “informática jurídica de gestión”, clasificación que tenía sustento en las técnicas para el diseño de las bases de datos y de procesamiento de la información.

El estado del arte, en aquellos tiempos, requería técnicas y tecnologías especializadas, según se gestionaran datos en grandes documentos no estructurados, o procesos en los que habitaban modelos de datos estructurados y normalizados.

Hoy la evolución de los lenguajes de programación y la micro electrónica ha facilitado el desarrollo de motores de bases de datos aptos para procesar todo tipo de datos, en un mismo ambiente.

En ese contexto de época los Poderes Judiciales aspiraban a poner en marcha sistemas que apoyaran la gestión de los juzgados, con sustento en grandes y voluminosos equipamientos que sólo procesaban centralizadamente los datos. Las experiencias eran escasas y sólo a título de ejemplo mencionaré el proyecto de informatización de la justicia de la provincia de Neuquén a fines de los 80.

Generalmente con financiamiento externo, comenzaron a parecer experiencias para informatización de juzgados, como el proyecto de la justicia laboral nacional, apoyado tecnológicamente en redes locales, un concepto que comenzaba a introducirse en las organizaciones de a finales de los 80, aprovechando que comenzaba a difundirse la “Personal Com-

puter” (PC), y herramientas procesamiento distribuido. Aun así, cada organismo informatizado era una isla de computadoras en red. El pensamiento estratégico no iba más allá de lograr la gestión eficiente del expediente papel, lo que para ese contexto histórico era un objetivo de gran impacto.

En el camino quedó un gran proyecto de informatización de la justicia penal en el orden nacional, promovido a mediados de la década de 1980 desde el Ministerio de Justicia de la Nación. Fue el intento más importante de implementación tecnológica que conoció nuestro país a la fecha, ya que en su concepción aspiraba a dar apoyo a la implementación del proyecto de Código Procesal Penal Oral sobre la base del sistema acusatorio denominado “Código Maier”, en referencia a su autor, el conocido jurista Julio B. J. Maier, y cuyo modelo de información fue diseñado para la gestión del nuevo proceso especialmente.

Del exterior, en el mundo de habla hispana se disponía del ejemplo observable del proyecto español denominado “Inforius” para informatización de la Justicia de ese país, el que alcanzó un alto grado de implementación a finales de los 80, y presentaba un diseño similar por organismo al que se buscaba implementar en una medida mas acotada en planes piloto en la Argentina.

En este punto, podríamos convenir, termina la primera de las eras tecnológicas en la justicia en nuestro país.

A partir de allí, a la luz de los avances de la tecnología de redes, el apoyo financiero en no pocos casos de los organismos internacionales, los resultados de experiencias como la española en el “Proyecto Inforius” y algunas implementaciones locales, comienza una segunda oleada que se caracteriza por la generación de sistemas de gestión que aporten mejora en los procesos de trabajo, allí comienza a ponerse el acento en el desarrollo ideas generadoras de beneficios operativos para gestión con sustento en las tecnologías de la información.

El paradigma que proporcionaban las primeras redes permitía saborear la idea de compartir virtualmente la información, aunque de manera incipiente. El protocolo de internet (IP) aún no estaba difundido masivamente, ni se disponía de gran portabilidad de datos entre aplicaciones informáticas.

Tal vez, y sólo de una manera reactiva, irrumpen en el universo tecnológico de los años 90, diversos proyectos para la mejora de la gestión judicial con base tecnológica. Y se lo hace pensando fundamentalmente en el profesional que necesita acceder al trámite judicial de una manera más práctica y ágil. De la mano de algunos productos enlatados del mercado nacional o de sistemas que recibieron financiamiento externo, la jurisdicción nacional y algunas provincias comenzaron un proceso de mayor intensidad para modernizar la justicia de la mano de los ordenadores, otras provincias eligieron el camino del desarrollo propio de sus sistemas de gestión o soluciones mixtas. En la segunda mitad de la década el avance de las comunicaciones promueve el comienzo del uso del nuevo paradigma, “Internet”.

En este punto la Administración de Justicia inicia el camino que conduce decididamente a la era de los servicios digitales en toda su dimensión. Es entonces que nos podemos permitir imaginar y diseñar en los albores del tercer milenio un modelo de servicios sustentado en el concepto que denominamos “Justicia Digital” y del que ya hablaremos.

LA ACTUALIDAD TECNOLÓGICA DE LA JUSTICIA

La actualidad tecnológica del Sistema de Administración de Justicia, tanto en el orden Nacional como Provincial, transita por una era en la que con mayor o menor grado de avance, mayor o menor grado de desarrollo, la utilización de TIC's alcanza a todos los Poderes Judiciales: a) Incorporando recursos informáticos en la totalidad de los puestos de trabajo de la organización, b) Sirviéndose de internet y/o intranet en sus comunicaciones, c) Planificando en cada jurisdicción la informatización de los servicios de "Justicia Digital" y d) Generando estructuras de RRHH para atender las áreas de la infraestructura de sistemas de una manera profesional y proporcionada a los servicios informáticos activos y en proyecto.

En este contexto la Junta Federal de Cortes (JUFEJUS)¹ convoca anualmente a los responsables de Tecnologías de la Información para trabajar en la uniformidad de metodologías y en los lineamientos futuros de las TIC's en la justicia para todo el país.

En un entorno similar la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de Magistratura Nacional, cuentan con su proyecto de informatización para la Justicia Nacional.²

Con el objeto de completar esta introducción señalaremos que existe un importante avance en general, en la incorporación de equipamiento de Video Conferencia e Infraestructura de Data Center (para remplazar los viejos Centros de Cómputos).

JUSTICIA DIGITAL (JD)

A partir de este momento y por razones metodológicas trataremos de exponer de una manera lo más sistemática posible, un panorama general sobre las diversas áreas de tecnología en el ámbito de la justicia, en el que involucraremos también nuestra visión y algunos puntos de vista.

La actividad digital de gobierno se expresa acabadamente, en las políticas de estado en materia tecnológica y las lleva a la práctica de manera sostenida mediante los servicios que proporciona al ciudadano, en el caso mediante el uso de TIC's.

Para ello, se vale de la denominada Agenda Digital, que resulta ser el producto de aquellas políticas, diseñadas para mejora de la gestión pública, en respuesta a los requerimientos de servicio e información del estado para satisfacción de necesidades ciudadanas.

La actividad desplegada por el estado para gestionar los servicios que proporciona, y brindar la información que el ciudadano necesita para desenvolverse en sociedad de manera responsable, mediante "tecnologías de la información" (TI) se denomina "Gobierno Digital" (consiste en el uso de las tecnologías de la información, el conocimiento en los procesos internos de gobierno y en la entrega de los productos y servicios del Estado tanto a los ciudadanos³... *"como a las organizaciones con o sin fines de lucro que con él se relacionan"*⁴)

En el caso de la "Justicia Digital", nos referimos a la actividad de gobierno, servicios e información del Poder Judicial, en relación el ciudadano, los profesionales y los auxiliares de justicia.

Dado el estado de avance del tema enumeraremos de manera no taxativa sino meramente enunciativa los servicios integran "JD". Así tendremos, una perspectiva más completa y ordenada de lo esta ocurriendo en materia de tecnología aplicada a la justicia y hacia dónde nos dirigimos en lo inmediato (digamos entre 1 y 2 años vista).

1. Gestión:

Los sistemas de “gestión jurisdiccional” proporcionan apoyatura operativa para los Juzgados y Oficinas Judiciales (denominación que se da a las estructuras administrativas que dan soporte operativo a la actividad decisional de los jueces). Se ocupan de llevar el registro y seguimiento de la totalidad de los trámites asentados en cada organismo, hasta su finalización, lo que significa la visualización de la actividad de cada caso judicial a través de todas sus instancias, hasta que es archivado. Esto supone el tener a disposición la información del “workflow” (flujo de trabajo), es decir, el diseño general de trámites, ubicación física, agenda del organismo y de los casos, estadísticas e indicadores cuantitativos y cualitativos, elaboración asistida de la comunicaciones procesales, oficios, despacho, resoluciones, etc.

Estos sistemas producen información generada en los expedientes judiciales y luego vertida en internet para su consulta: por el ciudadano - parte en el proceso judicial-, por los profesionales y/o auxiliares de justicia en punto a sus respectivas intervenciones.

Sin embargo, estas operaciones, que podríamos denominar funciones de base en estos sistemas, resultan ser sólo un aspecto de estos productos tecnológicos. En una justicia moderna, los sistemas de gestión de casos, constituyen el punto de partida estratégico para comenzar a agregar valor asociado. Son los productores de procesos informáticos que relacionados con tecnologías web interactivas, facilitan a los usuarios del sistema de justicia el acceso a servicios on-line (son todos aquellos mediante los cuales el trámite se realiza sin acudir al organismo), y mediante tales servicios realizar el intercambio electrónico de documentos, presentaciones etc. en formato digital.

Tales procedimientos se respaldan mediante normas y estándares de “seguridad informática”, entre los que se encuentra la “Firma Digital”, la “Firma Electrónica”⁵, y/o procesos seguros y auditables; aunque no son los únicos respaldos para dar veracidad a las actuaciones electrónicas.

La combinación de un Modelo de Gestión Informatizada de trámites del Proceso Judicial, el desarrollo de redes seguras a las que se pueda ingresar mediante accesos personales a perfiles individuales, la integración de servicios (confronte de oficios y testimonios) por vía electrónica, las comunicaciones digitales (notificación electrónica), las solicitudes de informes interinstitucionales, etc., nos encaminan de manera sostenida hacia el denominado “Expediente Digital”⁶

2. Expediente Digital (ED):

Mucho se ha hablado del ED, pero no siempre se ha transmitido una imagen suficientemente clara sobre el significado profundo de este concepto. La Ley Nacional 26.685 hace un reconocimiento expreso y explícito de esta la unidad documental de trámite judicial, los proyectos de informatización lo mencionan sin mayores precisiones; por lo que, deberíamos comenzar por señalar, qué no es un “expediente digital”.

Con el afán de desmitificar, decimos que no es un conjunto de folios escaneados o digitalizados a partir de un documento primario en papel, como no sería Firma Digital, la rúbrica escaneada de una firma ológrafa.

Quiere decir que un Expediente Digital: “es la unidad documental representativa del proceso judicial, gestionado electrónicamente de tal forma que no haga necesario recurrir al soporte papel, en el que confluyen los

trámites, comunicaciones, documentos probatorios e información del caso, con los que el magistrado tomará una decisión jurisdiccional”.

Tal afirmación conceptual, no indica que esté totalmente vedada la incorporación de piezas escaneadas, pero esta modalidad no puede resultar el denominador común de los procesos de la gestión y trámite de un ED, pues este siempre será el resultado de un proceso informático a veces, producto de un mismo sistema de gestión y otras, de procesos de intercambio entre sistemas vinculados, hasta de diferentes jurisdicciones, si el protocolo de actuación lo establece y las normas del derecho procesal lo autorizan.

Por ello, aseveramos que los registros electrónicos de un ED, provendrán de diversos procesos informáticos para conformar una unidad documental en el sistema en el que tiene radicación el caso. Por ej.: podría un ED contener los escritos de demanda y contestación generados y presentados (por las partes) y recibidos electrónicamente, los despachos y resoluciones producidos directamente por el magistrado (o el organismo judicial), los informes oficiados a diferentes organismos públicos (Registro de la Propiedad Inmueble, Automotor, de las Personas, etc.) o empresas, las citaciones y notificaciones (producidos por los Juzgados, Oficinas Judiciales, o partes); todos en soporte digital; los registros electrónicos de las audiencias, y así hasta que la causa se archive, momento en el que comenzará a ser importante el ciclo de vida definido en el modelo de información judicial.

En la Gestión Penal las decisiones procesales que implican necesidad de comunicación a Registros, como el Provincial⁷ y/o Nacional de Reincidencia pueden realizarse procesos automáticos como resultado del cumplimiento de las condiciones formales, necesarias para la comunicación⁸. O las rebeldías y órdenes de captura generar registros con publicidad en los portales institucionales⁹, para conocimiento de las fuerzas de seguridad y de otros organismos involucrados.

Los ejemplos, tienen el propósito de promover en los lectores la comprensión de la condición de “estratégicos”, que poseen los sistemas de Gestión Judicial, por ser naturales productores de servicios complementarios y de procesos de información vitales para la toma de decisiones de ese carácter por los responsables de los organismos y de los líderes políticos de la institución.

Para el Sistema de Administración de Justicia (SAJ), poseer los conocimientos de desarrollo de estos sistemas, representa un valor intangible de una significación incomparable, pues son el motor del conocimiento de la organización judicial.

GESTIÓN INFORMATIZADA, PROCESO JUDICIAL Y GERENCIAMIENTO DE CASOS.

Establecida la importancia de las TIC's, no ya solamente por el constante desarrollo que aportan en su crecimiento incremental, sino por su capacidad impulsora de “cambio” genuino, en la vida de las personas como individuos en sociedad y en general en las organizaciones; en la Justicia impacta de manera sistémica, promoviendo e impulsando la búsqueda maneras diferentes de organizarse, de gerenciar y gestionar.

Desde su ingreso al SAJ, empleado, funcionario o magistrado, deben demostrar adecuada relación con los sistemas que dan soporte a su trabajo.

Un magistrado no podría desarrollar adecuadamente su actividad decisonal sin saber como procesar y acceder a los millones de antecedentes: jurisprudenciales, doctrinarios o a las normas que regulan las instituciones jurídicas presentes en cada caso bajo análisis; ni un secretario de juzgado

tendría un adecuado control del despacho, vencimientos, agenda de audiencias, estado de las causas, o prestar la asistencia eficiente que el magistrado espera, sin tener la información en línea, en general (estadísticas e indicadores de la actividad del organismo) y en particular caso por caso; tampoco un empleado podría preparar y mantener al día su despacho, dar información precisa en la atención a los profesionales y partes, asistir y preparar audiencias, llevar registros de manera fidedigna, preparar las comunicaciones del trámite y mantener actualizados los registros de los procesos de trabajo a su cargo, sin el aporte de TIC's.

Sin embargo, y gracias a la conjunción de las tecnologías de la información, la gestión y el management, una mejor forma de organización va surgiendo a medida que de la mano de ellas se integran nociones como “Administración de Cortes” y “Oficina Judicial”¹⁰, que dicho muy conceptualmente, optimizan los recursos, unifican los procesos, vigorizan el concepto “trabajo en equipo”, y la gestión de calidad; además buscan proyectar a la ciudadanía una mejor imagen de los organismos jurisdiccionales y prestar mejor servicio al profesional, a los auxiliares de justicia y al ciudadano, fortaleciendo la infraestructura organizacional la magistratura.¹¹

Tales experiencias se apoyan decididamente en el uso de TIC's. En las Oficinas Judiciales Penales en Chubut esta en proceso de implementación de un nuevo sistema de gestión de casos, diseñado para proveer servicios de apoyo a la gestión de calidad, en el que se destaca, entre otras cosas, la integración en materia de transferencia de información desde el Ministerio Público Fiscal, al momento de judicializarse el caso, evitando recarga de datos. Las salas de audiencias están equipadas con audio y video digital en Trelew, y se avanza en el 2012 en la implementación en toda la provincia. Ya todas las circunscripciones judiciales disponen de Video Conferencia y la Oficinas Judiciales de Esquel y Comodoro Rivadavia han celebrado audiencia de “Apertura de la Investigación” por este medio. El RAP (Registro de Antecedente Penales de la Provincia del Chubut) recibe por transferencia electrónica de datos los antecedentes y por el mismo medio los transmite al Registro Nacional de Reincidencia.¹²

Todos son ejemplos en los que las aplicaciones informáticas agregan valor a los procesos de trabajo potenciando la llegada de servicios a todos los usuarios del SAJ, y proporcionan información estratégica del sistema a los líderes de la organización mediante, indicadores de gestión para seguimiento y mejora continua.

SISTEMAS DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN JURÍDICA

Tan solo hace una páginas hablábamos del Sistema Argentino de Informática Jurídica, hoy Sistema Argentino de Información Jurídica¹³, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por muchos años, la única herramienta completa de información jurídica apoyada en tecnología informática.

Ya adentrados en el tercer milenio y gracias a las posibilidades que ofrece el software para administración de bases de datos, asistido por poderosos motores de búsqueda, tanto procedentes del sector comercial o de fuente abierta (open source) y, sin perjuicio, del fuerte crecimiento de productos de doctrina, jurisprudencia y normativa desarrollados por las editoriales jurídicas, en general, los Poderes Judiciales han implementado bancos de datos jurídicos “en línea” de los fallos emitidos en sus jurisdicciones.

Se está produciendo una transformación de las tradicionales oficinas de jurisprudencia en áreas procesadoras y generadoras de productos “jurídico – documentales”. ¿A qué nos referimos en tales términos? Las actividades de selección, ordenamiento y sistematización de doctrinas judiciales, tiene ahora apoyo de sistemas de gestión de los organismos judiciales, para la captura de información de primera generación (resoluciones y sentencias de todas las instancias); este material es tratado documentalmente bajo estándares de selección (novedad y actualidad, entre otros) e ingresados en bases de datos que proporcionan el procesamiento de las búsquedas. Esta tecnología a permitido además avanzar en servicios de información para acceder a Acordadas y Resoluciones dictadas por los máximos organismos judiciales.¹⁴ Pueden verse, inclusive los documentos originales digitalizados.

IMPACTO DE LOS “SISTEMAS DE INFORMACIÓN” (SI) EN LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD.

Todo SI en el sector público, debe ir acompañado de políticas de acceso que equilibren el “derecho de protección de los datos personales” con los principios de “publicidad y transparencia”.

Para lograr el fortalecimiento institucional y la cristalinidad que exigimos a los actos judiciales, las políticas de acceso a la información deben ser explícitas. En su “ratio” estarán proporcionadas y equitativamente distribuidas la protección de datos personales y sensibles -sin que ello signifique algún modo de ocultamiento-, y la publicidad transparente, apoyada en un tratamiento de datos que no conduzca a la violación de la intimidad, la privacidad, la propia imagen o la estigmatización discriminatoria de la persona. Especialmente anticipando posibles usos no lícitos de información o datos contenidos en las decisiones judiciales, que pudieran ser procesados con fines distintos al objeto institucional, con apoyo de la propia herramienta.¹⁵

En la actualidad estas políticas no son homogéneas en todo el país, ni se ha abierto un debate al respecto como puede verse en México, donde interactúan normas de Transparencia y Publicidad de los actos de Gobierno y de Privacidad o de Protección de los Datos Personales y organismos públicos encargados del control institucional en la aplicación de las normas.¹⁶

Cada SI podría necesitar políticas de acceso a la información con sesgos diferenciados, o según sus distintas finalidades, desde su puesta en servicio en internet se transforman en bases de datos personales que proveen información a terceros, razón por la que deben ajustarse a la normativa en la materia.

Esta problemática podría generar por sí misma libros enteros y una profusa polémica actividad académica, por lo que dejaremos para otra oportunidad su tratamiento, y nos damos por satisfechos con dejar expuesto el tema en aras a su especial sensibilidad.

WEB INSTITUCIONAL

Las páginas Web en las que los poderes judiciales vuelcan información son herramientas estratégicas en el desarrollo institucional, son la puerta de acceso al SAJ, no sólo proporcionan una imagen que se proyecta a la sociedad sino que ofrecen servicios que facilitan al ciudadano y al profesional del derecho los trámites judiciales.

La Justicia Digital (justicia@), expresión judicial del Gobierno Electrónico (gobierno@), se aloja en cyber-espacio y pone a disposición la infraestructura de servicios del SAJ, sustentados en TIC's, expuestos de manera comunicativa al alcance de sociedad en general, y a los operadores y usuarios en particular.

Las páginas web institucionales comenzaron brindando únicamente información jurídica, organizacional, guías, material jurídico, etc. de una manera plana, solamente material en dos dimensiones. Pero en la actualidad han alcanzado un grado de virtualización que lleva la actividad jurisdiccional a cuatro dimensiones (tiempo y espacio). Complementa, no pocas veces reproduce y en un futuro cercano prácticamente replicará en un alto porcentaje los procesos judiciales.

Cada vez menos nos separa del casi pleno intercambio digital, en un entorno virtual personalizado con el profesional del derecho, los auxiliares de justicia y las instituciones que se relacionan con el SAJ.

Los portales judiciales en internet son analizados por organizaciones internacionales con el objeto de medir "índices de accesibilidad" a la información, puede consultarse entre otros, el trabajo de investigación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), para el período 2011, que ubica a la República Argentina en el puesto 14 entre 31 países observados.¹⁷ Si bien el estudio sólo ha tenido en cuenta la página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que da un carácter relativo al informe, (no ha tomado en cuenta páginas judiciales provinciales entre las cuales encontramos diseños de comunicación y servicios sumamente interesantes), debemos destacar del estudio el buen trabajo de parametrización realizado para la medición, tornándolo un eficaz instrumento.

Si bien, un indicador de acceso a la información en internet, no señala el estado, eficiencia y eficacia de la tecnología en un poder judicial determinado, por cierto, a más alto valor del índice, mayor infraestructura de servicios, mayor compromiso político con el desarrollo tecnológico – institucional, mejor preparación de los RRHH para operar TIC's, fuerte transformación cultural en la gestión y compromiso de la organización con una visión estratégica compuesta de altos valores de cambio y mejora.

24 Poderes Judiciales, además del Poder Judicial de la Nación, poseen portales institucionales, demostrando aunque con diversos niveles de avance, el alcance de la expansión tecnológica a todas las jurisdicciones.¹⁸

81 —

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIONES TAMBIÉN ES...

...tener un proyecto sustentable de TIC's y definiciones claras en otras materias conexas:

- Seguridad física en los edificios, seguridad en los sistemas, planes de contingencia, seguridad eléctrica, con soporte de emergencia, existencia de protocolos de mantenimiento de sistemas que consideren el tratamiento de la información judicial cuando se tercerizan servicios informáticos, procedimientos seguros para la entrega, traslado o comunicación de la información; copias de seguridad adecuadas a las características de los datos, análisis de ciclo de vida de los documentos.

- Estándares de intercambio de datos. Para darle al lector común una fuerte idea sobre a qué nos estamos refiriendo, diremos en este aspecto, que es tan importante como afirmar que las personas que integran los poderes judiciales de la República Argentina al menos deben hablar castellano.

Los sistemas informáticos deben poder hablar unos con otros, es decir comunicarse y para ello, todos los desarrollos de sistemas y/o las adquisiciones de sistemas que tengan requerimientos y funcionalidades que impliquen la necesidad de transmitir datos o documentos (serán la gran mayoría) deberían cumplir con estándares que aseguren la interoperabilidad.

¹⁹ Sólo representémonos la llegada de un caso, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde una provincia cuyos registros son digitales. Cómo será remitido el expediente? Cómo le aseguramos a la CSJN que podrá ingresar el caso a sus sistemas? O es que simplemente se imprimirá el caso y certificarán los registros? Dónde quedó el “expediente digital”? y por supuesto innumerables preguntas más, igualmente válidas para cualquier alzada que tenga que recibir registros multimedia como parte de la prueba o de las registraciones de actos procesales. Todos estos interrogantes no son una proyección de situaciones que impliquen una ocurrencia futura, se trata de actualidad pura, si nos atenemos los anuncios de jurisdicciones que han manifestado haber realizado implementaciones de ED, o el reemplazo de actas de debates circunstanciadas por video (en las nuevas regulaciones procesales).²⁰

Parecidas consideraciones es preciso realizar sobre el formato de los datos que se registran en formularios electrónicos al momento de su ingreso en los trámites. La normalización de aquellos es igualmente vital para los procesos informáticos a que serán sometidos, independientemente de su locación física o su tratamiento en distintos sistemas.

FIRMA DIGITAL (FD)

El ingreso de esta tecnología, no ha incrementado significativamente el uso de documentos digitales en las transacciones judiciales, como tampoco ha impactado como se esperaba en el mundo de las transacciones financieras o comerciales, postergaremos este último interrogante para otros espacios y oportunidad.

La mayoría de los Poderes Judiciales de las Provincias ha firmado acuerdos con la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI), dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, para obtener certificados de firma digital emitidos por aquel organismo, y esperan realizar una aplicación sistémica de los mismos, es decir FD como componente de seguridad jurídica en los trámites y documentos digitales judiciales.

El avance en el uso de esta tecnología depende del desarrollo de sistemas informáticos asociados y del crecimiento de Entes Certificadores Licenciados para dar servicio de FD a los profesionales y auxiliares de justicia. En ese sentido los profesionales del derecho no disponen de certificados que puedan utilizar en las presentaciones judiciales, porque ninguna organización ha obtenido aún, licencia como Ente Certificador licenciado para dar el servicio de emisión de Certificados de FD.

Por el contrario, algunos poderes judiciales han progresado en la incorporación de esta herramienta a aplicativos que la incrustan en documentos que magistrados y funcionarios emiten mediante sus sistemas de información.

La firma digital al servicio de la justicia:

Los usos de la FD son múltiples, así puede ser utilizada para certificar la página web institucional con el objeto de asegurar al usuario que la

información y servicios a los que accede son brindados por un organismo oficial. Todos sabemos que una página web puede ser simulada fraudulentamente con el fin de engañar o dañar; frente ello un sitio certificado es una garantía, lo mismo ocurre con los servicios digitales.

Otro de los usos de las FD surge de la posibilidad de asociarlas a documentos sea cual fuere su formato, procesador de texto, imagen, sonido o video, también a documentos .pdf, (documentos portables que toman la forma e imagen del documento final). Cualquiera sea el formato la firma asegura el no repudio del documento. Un documento digital (DD) con una FD permite verificar su no alteración y su autoría. De haber sido modificado, la verificación revelará la alteración mediante una alerta de seguridad. Cuando estamos ante la producción a DD's en el ámbito judicial, es conveniente que estos sean cerrados para evitar modificaciones, y luego sean firmados, lo que evita alteraciones accidentales posteriores a su firma, cambios que no significan una modificación en el contenido pero si en la estructura electrónica, a veces producidas en procesos de comunicación, de empaquetamiento, etc.

Los sistemas de gestión debe ser diseñados con servicios permitan el uso de FD, incluso es útil y funcional a la cultura la asociación a la imagen de la firma ológrafa mediante el uso de lápices electrónicos, terminando en proceso con la rúbrica del documento.

NOTIFICACIÓN DIGITAL (ND).

Esta aplicación puede ser implementada sobre diferentes diseños:

En la Provincia del Chubut, en materia penal ²¹se asigna a cada profesional acreditado en el la causa, la defensa pública y la fiscalía, una cuenta de correo electrónico administrado por la Secretaría de Informática Jurídica, Planificación y Control de Gestión. La cuenta de correo@ opera a modo de domicilio electrónico y se establece un plazo mínimo dentro del cual debe tomarse conocimiento obligatorio del contenido.²²

En materia no penal rigen supletoriamente, para todas las competencias materiales, los términos de la reforma normativa introducida en el Código Procesal Civil y Comercial²³. Esta modificación normativa ha permitido dar un salto tecnológico de alto valor agregado; se ha eliminado el envío escrito de la notificación, -en papel o electrónica-, ni se pone a disposición la cédula digital en un servicio web como eligen hacerlo algunas jurisdicciones.²⁴ El sistema se apoya en la convergencia de tres herramientas, la que hace conocer los proveídos, la que administra el sistema de controles fehacientes para la toma de conocimiento de la comunicación y en la reforma procesal que permite un efectivo gerenciamiento de los casos.

Lo explicaremos brevemente. La clave está en la capacidad de asegurar que quien es profesional presentado en un proceso, esté habilitado para acceder a la consulta sin confusión, es decir pueda ser identificado electrónicamente. Logrado este primer paso ya podemos seguir las pisadas dentro del sistema de consulta, de forma que al ingresar a una causa en la que lo espera una comunicación, será anoticiado de ello.

Dos aspectos son importantes: a) debe estar regulada la obligación de acceder al sistema de información de expedientes en internet y b) existir un plazo de tolerancia para tomar conocimiento, desde que el proveído o resolución está publicado, vencido el cual, comenzará a correr el plazo procesal.

El retiro de las copias es digital en caso de existir necesidad de hacerlo. Los proveídos, resoluciones y sentencias se identifican con códigos de barra

incrustados en los procesos de producción. Todo el proceso es auditable.

Cuando la notificación es de **oficio**, impulsa el juzgado, cuando rige el **principio dispositivo**, los profesionales destinatarios de la comunicación no podrán verla aunque el proveído esté dictado, si la parte que tiene la carga de notificar no habilita la vista mediante el comando disponible en pantalla y, claro, tampoco el plazo comienza a correr hasta que ello no ocurra.

Este sistema se aplica a notificaciones a domicilio constituido para lo que se acepta en la referida reforma la existencia de una “domicilio virtual”, llamado dirección electrónica, que es consistente, con el espacio virtual en que se reciben las noticias del caso, único para cada abogado de acuerdo con las especificaciones del sistema.²⁵

La cédula con habilitación de días y horas, continúa siendo en papel ya que su finalidad y propósito es diferente. Tampoco avanza el sistema en una solución para la comunicaciones en el domicilio real, para lo cual debería cambiar la legislación procesal de modo de permitir que las notificaciones a las partes se realicen en la cuenta de “acceso al ciudadano”, al menos luego de trabada la litis.

Tan solo un panorama...

...hemos tratado de recorrer juntos el universo de las TIC's en el Sistema de Administración de Justicia, tratando de desmitificar aspectos que para algunos son mágicos y sobre todo con el propósito transmitirles muy concisamente una imagen dinámica que muestre de dónde venimos y hacia dónde vamos, alertando sobre las cuestiones que nos han parecido más delicadas.

“Justicia Digital” es un modelo en cuyos proyectos, deben intervenir todos los operadores del sistema.

Notas:

¹ Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS): <http://www.jufejus.org.ar/index.php?id=116>

² CSJN: <http://www.csjn.gov.ar/data/plan.pdf>

³ *Sic*: Wikipedia, “gobierno electrónico”.

⁴ La bastardilla me pertenece.

⁵ Ley 25.506

⁶ Art. 1, Ley 26.685: “Autorízase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”.

ARTICULO 2º — La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación.

⁷ AC. Plenario Extraordinario N° 3.969/11. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut: <http://eureka.juschubut.gov.ar/login.aspx>.

⁸ Ley V-64, (antes Ley 3.766) Digesto de la Provincia del Chubut: <http://www.legischubut2.gov.ar/>

⁹ AC N° 43/07, Sala Penal, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut: <http://listas.juschubut.gov.ar/Skua.OrdenCaptura/Default.aspx>

- ¹⁰ CPP de la Provincia del Chubut, art. 75.
- ¹¹ Poder Judicial de Mendoza “Gestión Judicial Asociada”: http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/unidad_transformacion/gest_jud_asoc_doc_final.htm
- ¹² AC Plenario n° 3745, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (modificado por el AC Plenario n° 3969). <http://www.juschubut.gov.ar/images/archivos/home/EI3969SJG11-Modifica-3745-RAP.pdf>
- ¹³ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. <http://www.infojus.gov.ar/>
- ¹⁴ SCBA. Juba: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/>. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, Eureka: <http://eureka.juschubut.gov.ar/>. CSJN: <http://www.pjn.gov.ar/>, entre otros
- ¹⁵ Cosentino, Guillermo Rafael. “La información Judicial es Pública, pero contiene datos privados. Como enfocar esta dualidad”; en Internet y Sistema Judicial en América Latina, “Reglas de Heredia”. Ed. AD-HOC, agosto de 2004, pág. 213/33
- ¹⁶ Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal. México. <http://www.infodf.org.mx/web/>
- ¹⁷ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA): <http://www.cejamericas.org/portal/>
- ¹⁸ Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. JUFEJUS: <http://www.jufejus.org.ar/>
- ¹⁹ National Center for State Courts (NCSC): <http://www.ncsc.org/topics/technology/document-management/ncsc-documents.aspx>
- ²⁰ CPP Chubut, art. 130.
- ²¹ CPP Chubut, art. 160.
- ²² AC Sala Penal, STJ Chubut, n° 12 y n°22, año 2006.
- ²³ Ley XIII-14, Digesto de la Provincia del Chubut
- ²⁴ Héctor Mario Chayer, “Notificación electrónica: alternativas para su implementación”. Derecho Informático 3, Editorial Juris, Nov. 2002. http://www.foresjusticia.org.ar/investigaciones/articulos/articulos_2002/Notificaciones%20electronicas.pdf
- ²⁵ AC Plenario N° 3940/11, Superior Tribunal de Justicia del Chubut.



LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD A LOS LOCALES COMERCIALES POR DELITOS COMETIDOS POR TERCEROS

POR DIEGO MARTÍNEZ ZAPATA: PROCURADOR Y ABOGADO (U.N.L.P.). EX-SECRETARIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT. EX-SUBSECRETARIO DE GOBIERNO Y JUSTICIA DE LA PCIA. DEL CHUBUT. EX-SECRETARIO LEGISLATIVO DE LA HONORABLE LEGISLATURA DE LA PCIA. DEL CHUBUT. ESPECIALISTA EN CONCURSOS Y QUIEBRAS POR LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. POSGRADUADO EN DERECHO LABORAL Y DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. CORRESPONSAL EN CHUBUT DE LA RED LATINOAMERICANA DE JUECES (REDLAJ).



A modo de introito, respecto al tema central traído a debate, debo mencionar que sin mayor hesitación la responsabilidad de los locales comerciales ante lesiones o daños que puedan sufrir los clientes dentro de establecimiento en el marco del deber de seguridad, es de arduo debate y polémica, no solo dentro del ámbito jurisprudencial, sino también en la doctrina.

Previamente a ingresar a la medula de la eximición de responsabilidad de los locales comerciales por delitos cometidos por terceros, debemos enmarcarnos en la aplicación del juego armónico de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la ley 24.240, por cuanto hay relación de consumo cuando se perfecciona el vínculo jurídico entre el proveedor y usuario o consumidor, respecto a la adquisición y/o utilización de bienes o servicios por parte de la persona física o jurídica en forma onerosa, teniéndolo como destinatario final (consumidor o usuario), en rigor de la actividad comercial profesional u ocasional por parte de la persona física o jurídica respecto a la comercialización de bienes o servicios que son destinados a los consumidores o usuarios.

En la coherencia de lo mentado, debo imbuirme con carácter previo a la letra del artículo 5° de la ley 24.240 que reza expresamente “...Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios...”, como también el artículo 40 “...Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. ...”, con prístina certeza aquí, en la última parte del artículo se encuentra la llave liberadora de responsabilidad del comerciante.-

Previamente, es sabido que la finalidad de la responsabilidad civil, colegida por parte de la doctrina como la reacción del ordenamiento jurídico ante el daño, constitutiva de la obligación de repararlo, en la perspectiva de la finalidad objetiva del llamado derecho de daños, en su medula que es estrictamente reparadora, cuya valoración está siempre en función de la culpa o dolo, y de la entidad jurídica del bien dañado, donde la reacción del

código de fondo en materia civil se ajusta a indemnizar, reparar, volver las cosas en lo posible, al estado en que se encontraban antes de que suceda el evento dañoso.-

Aquí con prístina claridad se advierte el marco mínimo de base, donde se circunscribe la obligación de seguridad del proveedor y de la hipotética vulneración que engendra la responsabilidad por cuanto en principio, deviene que el usuario vea dañada su salud y/o integridad física como consecuencia directa o indirecta, del vicio o riesgo, ítem de la cosa o servicio, siempre que sea correctamente utilizada o previsible en su uso o consumo del servicio por su parte.

Por ende hay una relación sinalagmática en cabeza de las dos partes de la relación de consumo, ya que el proveedor debe suministrar el servicio o la prestación, venta, etc. de la cosa de manera correcta, que al ser utilizada o consumida dentro de los parámetros aceptables, normales por el usuario, éste último no resulte dañado a su integridad física o salud.

La responsabilidad por daño como bien la regulan los arts. 5 y 40 de la ley 24240, nace cuando ésta la obligación que cae en cabeza del proveedor es quebrantada en el deber de seguridad en la prestación del servicio o la cosa, sin soslayar el comportamiento que debe adoptar el usuario o consumidor. Ahora bien, ¿que sucedería en la hipótesis de que en un supermercado el consumidor sufre un daño a su integridad física como consecuencia de un robo a mano armada por parte de malvivientes que toman por asalto el local?, ¿debe responder el proveedor o dueño de la firma comercial por dichos daños?, el interrogante intentare develarlo en los siguientes párrafos.

En la provincia de Chubut, más precisamente en la ciudad de Rawson, acaeció un hecho delictual dentro de un local comercial de venta de comida, en donde una persona -consumidor- sufrió una herida de bala dentro del local, como consecuencia de una balacera con fuerzas de seguridad en virtud de que malvivientes habían ingresado al local con fines de robo; probándose a la postre, que la bala que tenía la víctima en su humanidad era correspondiente al calibre y arma de uno de los malvivientes; ¿debe el comerciante responder por los daños y perjuicios que sufrió el consumidor dentro de su local comercial?, adelantando mi opinión, y sostengo con ahínco que, a todo evento el comerciante debe quedar eximido de responsabilidad ante el citado supuesto.

Cabe aclarar que corren ríos de tinta, tanto en el ámbito de la jurisprudencia como en la doctrina, respecto a la dilucidación de la hipótesis de responsabilidad supra planteada.

Se sostiene jurisprudencialmente que “... El art. 5 de la Ley 24.240 se refiere al deber de seguridad de la salud y a la integridad física de los usuarios. La interpretación que debe darse al artículo debe ser amplia abarcando todas las situaciones de las cuales durante el desarrollo del contrato se pueda derivar algún daño para el usuario. La ley impone la obligación de garantizar a los usuarios que a raíz de su prestación no sufrirán daño alguno (Sala II “Cianáio José María c/ Resol 184/97 Enargas”, 5/11/98) (Cons. VIII)...”, pero resulta imposible soslayar que la interpretación de la responsabilidad que aquí nos atañe, debemos circunscribirla a la relación típica de consumo y el juego armónico de los arts. 5 y 40 de la ley 24.240 y su modificatoria.

Precedentemente esboce las líneas generales que circunscriben, a mi juicio, la motorización de la obligación de responder por los daños por parte del proveedor frente al consumidor.

Pretender extender la responsabilidad del empresario de manera amplia, indeterminada y absoluta frente a todo daño que sufra el consumidor o

usuario, es a no dudarlo, de extremo riesgo jurídico y crítico, por que sostener una postura tal, sería francamente desvirtuar el objeto de protección al cual se ciñen los art. 5 y 40 de la ley 24240, conllevando a una responsabilidad objetiva por todo daño que se le genere al consumidor, sin ponderar precisamente si el daño es causado por el riesgo o vicio de la cosa o servicio, generador de la perfección de la relación de consumo, más aun, es pretender derogar pretorianamente el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, en la eximición de responsabilidad del dueño o guardián, por actos de terceros ajenos, o culpa de la propia víctima.

Es sabido al respecto, que el régimen específicamente tuitivo de los consumidores que se enmarca en el contexto de la Ley 24.240 y actualmente en la 26.361, no es excluyente de las normas generales que en materia de responsabilidad Civil, donde dimanen de otras estructuras normativas generales (como el Código Civil) o singulares (como la Ley de defensa de la competencia o de lealtad comercial, véase, artículo 5° de la Ley 24.240 y su correlato expansivo en la 26.361), donde también en el ámbito de la jurisprudencia se abono la citada postura y se dijo “... así como que el artículo 5° de dicho régimen protectorio de las relaciones de consumo (citado por la sentencia del Tribunal a quo), prevé que “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.”, con lo cual la imputación hecha por el quejoso de que la supuesta inobservancia de ese régimen legal singular hubiera podido llevar a una solución del caso que variaría si se hubiera atendido al mismo, no deja de ser una apreciación subjetiva, válida como tal pero no apta para justificar la apertura de la queja”. “Tessio Gatiús Roberto Enrique c/ Aufe S.A. y/o Aufe S.A.C. y/u otro s/ I. D. P.” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Sala: I. 18/11/08.

Esto abre la línea de inteligencia que, la protección al consumidor, no solo rige la aplicación de la ley 24240, sino también campea en materia de daños las normas del código civil argentino, razón por el cual, en comienzo de la develación de los interrogantes ya citados, nos encamina retomando el supuesto del daño sufrido en la integridad física por un consumidor dentro del local comercial, por una acción delictual de terceros por un hecho de robo, a las prescripciones del art. 1113 del CC que debe aplicarse, y para mayor ilustración lo transcribo que en su parte pertinente dice “ ...Art. 1.113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. ...”.

En la coherencia de lo expuesto, delineado ya el esquema de interpretación de la cobertura de responsabilidad del proveedor o fabricante en relación al consumidor, se dijo que si bien la tendencia de interpretación es amplia en pos de proteger al consumidor, resulta imposible soslayar que dicho precepto no es absoluto, y debe ceder frente a determinados supuestos como los planteados en el contemporáneo pasquín, ya que es de extremo abuso pretender responsabilizar al propietario o firma comercial frente a un daño físico o a la salud que puede sufrir el consumidor dentro del establecimiento por una acción de un tercero ajeno a la relación de consumo, como lo puede ser en el citado ejemplo un delincuente que toma por asalto

el local comercial y hiere o daña al consumidor en su salud o integridad física en el interior del comercio, del cual no podemos olvidar que el propietario o proveedor también es víctima.

Aquí nótese claramente que la lesión al consumidor no se ocasiona por la cosa o el servicio tomado, sino todo lo contrario, es como consecuencia de la acción de un tercero ajeno a la relación de consumo, éste como de esgrimió, con intenciones de perpetrar un ilícito, daña al consumidor, por ello la relación de causalidad entre la acción y el daño queda quebrantada en relación a la responsabilidad del propietario del comercio, debido a que un tercero por el cual él no responde, ni debe responder ocasiona el daño. La hipótesis de la responsabilidad objetiva, se situaría en el caso de que un dependiente del comerciante o dueño de la firma comercial ocasione el daño al consumidor, pero de ninguna manera, se puede pretender extender la responsabilidad al propietario por una acción netamente delictual de un tercero, ya que el comerciante como se dijo, también es víctima de dicho accionar.

Ahondando en lo esbozado, podemos tener por cierto que muchos locales comerciales cuentan con personal de seguridad propia, privada, adicional a lo que el estado por garantía y obligación inescindible debe brindar a la ciudadanía como lo es garantizar efectivamente que la sociedad viva segura, con estándares aceptables en materia de seguridad pública, razón por la cual gran parte del presupuesto del estado, sin discriminar su categoría -nacional, provincial o municipal- es destinado a seguridad, educación, salud e infraestructura social básica, como también a brindar puestos de trabajo efectivos dentro del sistema legítimo, combatiendo la precarización laboral como una de las causas principales del delito.

Pero sin ánimo de dispersar la atención del lector en un tema ajeno al planteo del desarrollo, insisto que sería de riesgosa seguridad jurídica, intentar endilgar la responsabilidad por daños ocasionados a un consumidor por la acción de un tercero ajeno a la relación jurídica entablada entre proveedor y consumidor, tercero por el cual, lógicamente el propietario del comercio no debe responder por la consecuencia dañosa, por más que se haya cometido dentro de su local comercial, en virtud de que la obligación de seguridad es solo por las cosas o servicios en rigor del cual queda o pudiera quedar perfeccionada la relación jurídica, pero de ninguna manera podría prosperar extender dicho precepto al acto delictivo de un tercero que provoco el daño.

Esta postura, opinable, pero razonada, se basa en la lógica jurídica de los lineamientos precedentemente desplegados, donde en la situación hipotética de que el comerciante pueda ser demandado ante una situación semejante a la planteada, quedaría eximido de la misma, con la probanza de que un tercero -no dependiente- y ajeno a la relación entablada con la víctima -consumidor- ocasiono el daño, circunstancia que debería tornar improcedente la acción y en su caso direccionarse contra el autor del ilícito y hasta si se quiere, contra el estado por entender vulnerada la obligación de garantizarle a la persona en su carácter de ciudadano, la seguridad pública.

Continuando con lo ya determinado, sería de curiosa e inquietante normalidad jurídica querer sostener la responsabilidad del comerciante ante la lesión o daño físico que le sea provocada por el acto de un tercero ajeno a la relación jurídica con el proveedor y más aun, no es dependiente del mismo, éste es el quid de la cuestión en análisis, en virtud de que la responsabilidad del comerciante se refiere a que la empresa prestadora del servicio o quien comercialice la cosa garantice a los usuarios que a raíz de la prestación no sufran daño alguno en bienes que conforman el objeto contractual. Es un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae

aparejada la responsabilidad objetiva de la empresa, pero insisto, solo por el daño ocasionado con la cosa o prestación del servicio objeto del contrato de consumo, pero no por el accionar lesivo de un tercero netamente ajeno al contrato de consumo. Se señala como tercero a aquella persona extraña con la que no existe ligamen de ninguna naturaleza (no es tercero dependiente, ni tiene relación con ninguna de las partes).

Por lo expuesto, cualquier tipo de acción que ejecute un tercero en los términos y alcances analizados, que dañen la salud o integridad física del consumidor, exime de responsabilidad al comerciante o proveedor, adunándose –conforme así lo sostiene la corte nacional- que éste tipo de hecho para que libere de responsabilidad al comerciante, debe poseer los caracteres del caso fortuito, debe ser imprevisible, inevitable. La doctrina mayoritaria sobre el particular, -Zabala de Gonzalez y Compagnucci de Caso- sostienen que el hecho objetivamente antijurídico del tercero exonera de responsabilidad, motivo por el cual, compartida por el suscripto, ante la comisión del un ilícito y sea dañado el consumidor por un tercero no dependiente al proveedor, totalmente ajeno a la relación de consumo, (vg. Delincuente), él propietario del comercio, proveedor del servicio o fabricante, queda de manera clara exento de responder por los mentados daños, con claro fundamento en las líneas anteriormente ventiladas.

Será trabajo de todos los operadores del sistema judicial, abogados y jueces y si se quiere legisladores, propugnar el cabal cumplimiento de ésta doctrina ante casos semejantes, que en lo particular sostengo, se ocasionan a diario y ante un reclamo resarcitorio del consumidor, por lo esgrimido entiendo respetuosamente deben ser rechazados de plano, en franco ejercicio de la equitativa aplicación de la doctrina judicial y el derecho.



CRÓNICA: ATENEO DE JUECES DE FAMILIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

POR MARIELA GONZÁLEZ VICEL: JUEZA DE FAMILIA/ESQUEL (CHUBUT). INTEGRANTE DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE CHUBUT. REPLICADORA DE LA C.S.J.N. EN TEMA “GÉNERO Y TRATA DE PERSONAS”. DOCENTE EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA, SAN JUAN BOSCO. HA DISERTADO EN TEMAS DE DERECHO FAMILIAR Y ES AUTORA DE DIVERSOS ARTÍCULOS SOBRE SU ESPECIALIDAD.

Ingresando a la página oficial del Poder Judicial, los lectores más curiosos podrán observar imágenes que dan cuenta de la actividad que se llevó a cabo en la Escuela de Capacitación Judicial, denominada “*Ateneo de jueces de familia de la provincia de Chubut*”¹.

Luego de las entusiastas palabras de bienvenida del director, Dr. Fernando S.L. Royer, quien se congratuló por el éxito de la convocatoria a propios y ajenos, y por la superación de los objetivos trazados² comenzó la primera jornada de trabajo que culminaría con la conferencia de una disertante foránea.



91 —

En particular en esta ocasión, el fuero de familia contó con la casi plena participación de quienes integran la judicatura, cuestión que fue resaltada por varios de los presentes.

Comenzado el encuentro anual, se designó a una de las personas asistentes para el manejo de la agenda de temas que jueces y secretarios habían elaborado en días previos, y a solicitud del grupo conformado por los funcionarios, que se expresaron a través de la Dra. Giunta, se dispuso una primera fase de trabajo separado.

El corro integrado por la magistratura revisó el avance de las propuestas

elaboradas en el Ateneo 2011, y el de las secretarías lo atinente a carga de datos, preocupación fundamental que los convocó desagregadamente.

Nuevamente en pleno, quienes desarrollamos la competencia en derecho familiar intercambiamos opiniones y experiencias de buenas prácticas en temas como violencia de género y violencia doméstica, determinación de la capacidad jurídica y modalidades de desarrollo de esos procesos, advirtiendo sobre distintas jurisprudencias de los órganos de revisión de las sentencias de la primera instancia.

El Dr. Alesi hizo saber que desde el mes de diciembre, la ciudad de Rawson ya no contaba con la Unidad de Atención de Víctimas de Violencia Familiar Domiciliaria, mientras que la Dra. Beatove y yo, mencionamos que funcionarias del Poder Ejecutivo relataron en Esquel, el éxito que dicha herramienta representaba en casos de violencia. En particular, se resaltó el trabajo sistémico que ese equipo desarrollaba con los grupos afectados. Hubo consenso respecto de lo imprescindible de ese recurso en cada circunscripción.

Un interesante debate se produjo en torno a las distintas formas de intervención en casos de violencia de género o violencia familiar, y algunas



participantes informamos avances para la elaboración de un protocolo mínimo para todas las agencias del Poder Judicial, o la creación de la O.V.D. a nivel provincial, que, juzgamos, colaborarán a mejorar el acceso a la justicia de las víctimas.

Una especial consideración tuvo la cuestión del derecho penal juvenil, siendo la preocupación de las juezas de Puerto Madryn y Comodoro Rivadavia, el manejo de información de trámites vinculados con personas menores de edad sindicadas como autoras de hechos delictivos graves, de cara a los requerimientos de los medios de prensa. Este tema, por su actualidad, fue desarrollado la mañana del día viernes, contando con la presencia del periodista Sergio Pravaz (director de Prensa del Superior Tribunal de Justicia), quien hizo entrega de material apropiado, y ofreció lineamientos precisos a ser profundizados en ulteriores encuentros.

En un clima distendido y cordial, no exento de mate y café, se formularon compromisos de divulgación de sentencias de importancia para el fuero, se dieron a conocer avances sobre capacitaciones inminentes, generándose agenda de otras futuras como la vinculada con la reforma integral del Código

Civil, que en particular conmocionará al derecho familiar vigente, por su intensidad e integralidad.

El grupo participante elaboró dos documentos para ser entregados a los ministros de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia: uno puntual vinculado a los lugares de institucionalización y el restante, el que vuelca el producido de las jornadas.

En el final de la reunión, cuando sus participantes formulamos las apreciaciones subjetivas del encuentro, hicieron su ingreso los Dres. Fernando S.L. Royer y José Luis Pasutti, quienes durante un breve tiempo observaron y escucharon a los jueces Palma, Rodríguez, Antoun, Alesi y a mi, en esta oportunidad, los más locuaces de las dos jornadas que duró el encuentro.



Los ministros del Superior Tribunal de Justicia hicieron uso de la palabra dando noticia de alentadores comentarios sobre fallos puntuales de la justicia de familia de esta provincia, generando la satisfacción y el agradecimiento de la audiencia.

Los ateneos constituyen un punto de encuentro inevitable entre las distintas instancias y los ministros permiten el acercamiento y la confianza que generan los intercambios académicos entre pares. Se vuelcan en esos espacios las mejores experiencias y los más estrepitosos desaciertos, permitiendo a quienes a ellos concurren la reflexión sobre sus habilidades, la replica de las buenas prácticas o el surgimiento de necesidades específicas de capacitación. En definitiva, son una excelente forma de contribuir a un mejor servicio de justicia.



Notas:

¹<http://temisnet.juschubut.gov.ar/2012/03/convenciones-prematrimoniales-y-acuerdos-de-liquidacion-de-bienes.html>, Rawson, 22 y 23 de Marzo de 2012.

² En el marco de la actividad, se llevó a cabo una conferencia a cargo de la abogada mendocina Dra. Mariel Molina de Juan, sobre el tema “Convenciones prematrimoniales y acuerdos de liquidación de bienes”, cursándose la invitación al Colegio de Abogados, cuyo resultado fue más de cuarenta profesionales inscriptos.





LA PATRIA

POR JULIO CORTÁZAR

Esta tierra sobre los ojos,
este paño pegajoso negro de estrellas impasibles,
esta noche continua, esta distancia.

Te quiero, país tirado más abajo del mar, pez panza arriba,
pobre sombra de país, lleno de vientos,
de monumentos y espamentos,
de orgullo sin objeto, sujeto para asaltos,
escupido curdela. inofensivo puteando y sacudiendo banderitas,
repartiendo escarapelas en la lluvia, salpicando
de babas y estupor canchas de fútbol y ringsides.
Pobres negros.

Te estás quemando a fuego lento, y dónde el fuego,
dónde el que come los asados y te tira los huesos.
Malandras, cajetillas, señores y cafishos,
diputados, tilingas de apellido compuesto,
gordas tejiendo en los zaguanes, maestras normales, curas, escribanos,
centroforwards, livianos, Fangio solo, tenientes
primeros, coroneles, generales, marinos, sanidad, carnavales, obispos
bagualas, chamamés, malambos, mambos, tangos,
secretarías, subsecretarías, jefes, contrajefes, truco,
contraflor al resto. Y qué carajo,
si la casita era su sueño, si lo mataron en pelea,
si usted lo ve, lo prueba y se lo lleva.
Liquidación forzosa, se remata hasta lo último.

Te quiero, país tirado a la vereda, caja de fósforos vacía,
te quiero, tacho de basura. que se llevan sobre una cureña
envuelto en la bandera que nos legó Belgrano,
mientras las viejas lloran en el velorio, y anda el mate
con su verde consuelo, lotería del pobre,
y en cada piso hay alguien que nació haciendo discursos
para algún otro que nació para escucharlos y pelarse las manos.
Pobres negros que juntan las ganas de ser blancos,
pobres blancos que viven un carnaval de negros,
qué quiniela, hermanito, en Boedo, en la Boca,
en Palermo y Barracas, en los puentes, afuera,
en los ranchos que paran la mugre de la pampa,
en las casas blanqueadas del silencio del norte,

95 —

en las chapas de zinc donde el frío se frota,
en la Plaza de Mayo donde ronda la muerte trajeada de Mentira.

Te quiero, país desnudo que sueña con un smoking,
vicecampeón del mundo en cualquier cosa, en lo que salga,
tercera posición, enegía nuclear, justicialismo, vacas,
tango, coraje, puños, viveza y elegancia.

Tan triste en lo más hondo del grito, tan golpeado
en lo mejor de la garufa, tan garifo a la hora de la autopsia.
Pero te quiero, país de barro, y otros te quieren, y algo
saldrá de este sentir. Hoy es distancia, fuga,
no te metás, qué vachaché, dale que va, paciencia.
La tierra entre los dedos, la basura en los ojos,
ser argentino es estar triste, ser argentino es estar lejos.

Y no decir: mañana,
porque ya basta con ser flojo ahora.
Tapándome la cara
(el poncho te lo dejo, folklorista infeliz)
me acuerdo de una estrella en pleno campo,
me acuerdo de un amanecer de puna,
de Tilcara de tarde, de Paraná fragante,
deTupungato arisca, de un vuelo de flamencos
quemando un horizonte de bañados.

Te quiero, país, pañuelo sucio, con tus calles
cubiertas de carteles peronistas, te quiero
sin esperanza y sin perdón, sin vuelta y sin derecho,
nada más que de lejos y amargado y de noche.

JULIO CORTÁZAR

Bruselas 1914/París 1984. Su infancia la pasó Bánfield; se graduó como maestro de escuela e inició estudios en la Universidad de Buenos Aires, los que abandonó por razones económicas. Trabajó en varios pueblos del interior del país. En 1951 se radicó en París y desde entonces trabajó como traductor independiente de la Unesco. En 1951 publica *Bestiario*, donde surge el autor que deslumbra por su fantasía y la revelación de mundos nuevos que enriquecerán su obra futura: los inolvidables tomos de relatos, los libros que desbordan toda categoría genérica (poemas-cuentos-ensayos a la vez), las grandes novelas: *Los premios* (1960), *Rayuela* (1963), *62/ Modelo para armar* (1968), *Libro de Manuel* (1973). El refinamiento literario de Julio Cortázar, sus lecturas casi inabarcables, su incesante fervor por la causa social, hacen de él una figura de gran riqueza, constituida por pasiones a veces encontradas, pero siempre asumidas con el mismo fervor.

Fuente: www.escritores.org